

ابتغاء الفضيلة في شرح الوسيلة

للفقيه المحقق
آية الله العظمى
الحاج الشيخ مرتضى الحائري اليزدي قدّس سرّه
(١٣٣٤-١٤٠٦ هـ.ق)

تحقيق
الشيخ محمد حسين أمر اللهي اليزدي

الجزء الثاني
في البيع

مؤسسة النشر الإسلامي
التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة

بسمه تعالی

برای هر مجلّد این کتاب (بدون احتساب اجرت خدمات، انبارداری، نشر، نقل و انتقال و...) دوازده هزار و صد تومان هزینه شده است.

ولی نظر به مساعدت ریاست محترم جمهوری در تاریخ ۸۳/٤/۸ هر مجلّد هزار تومان قیمت‌گذاری شد.





١٢٨٩

ابتغاء الفضيلة

في شرح الوسيلة

للفقيه المحقق

آية الله العظمى

الحاج الشيخ مرتضى الحائري اليزدي قدس سره

(١٣٣٤ - ١٤٠٦ هـ.ق)

تحقيق

الشيخ محمد حسين أمر اللهي اليزدي

الجزء الثاني

في البيع

مؤسسة النشر الإسلامي

التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة

سرشناسه: حائري، مرتضى، ١٢٩٥ ـ ١٣٦٤.
عنوان و نام پديدآور: ابتغاء الفضيلة في شرح الوسيلة.
مشخّصات نشر: قم: جماعة المدرّسين في الحوزة العلميّة بقم، مؤسّسة النشر الإسلامي، ١٤٣٦ ق. = ١٣٩٤.
مشخّصات ظاهرى: ج.
فروست: جماعة المدرّسين في الحوزة العلميّة بقم، مؤسّسة النشر الإسلامي؛ ١٢٨٩.
شابك: دوره: ٧ ـ ١٤٨ ـ ١٤٣ ـ ٦٠٠ ـ ٩٧٨؛ ج. ١: ٤ ـ ١٤٩ ـ ١٤٣ ـ ٦٠٠ ـ ٩٧٨؛
ج. ٢: ٦ ـ ١٦١ ـ ١٤٣ ـ ٦٠٠ ـ ٩٧٨
وضعيت فهرست نويسى: فيپاى مختصر.
يادداشت: عربى.
يادداشت: ج. ٢ (چاپ اوّل: ١٣٩٥) (فيپا).
يادداشت: كتابنامه.
مندرجات: ج. ١. في المكاسبُ المحرمة. ـ ج. ٢. في البيع.
شناسه افزوده: امراللهى يزدى، محمّدحسين، ١٣١٧ ـ، محقّق.
شماره كتابشناسى ملّى: ٣٨١٣٢٥٨



ابتغاء الفضيلة

في شرح الوسيلة

(ج ٢)

■ تأليف: آية الله العظمى الحاجّ الشيخ مرتضى الحائريّ ﷺ □
■ تحقيق: حجّة الإسلام والمسلمين الشيخ محمّدحسين أمراللّهيّ □
■ الموضوع: الفقه □
■ طبع و نشر: مؤسّسة النشر الإسلامي □
■ عدد الصفحات: ٦١٢ □
■ الطبعة: الأُولى □
■ المطبوع: ١٠٠٠ □
■ التاريخ: ١٤٣٧ هـ. ق □
■ شابك ج ٢: ٦ ـ ١٦١ ـ ١٤٣ ـ ٦٠٠ ـ ٩٧٨ □
ISBN 978 - 600 - 143 - 161 - 6

مؤسّسة النشر الإسلامي
التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرّفة

بسم الله الرحمٰن الرحيم

وبه نستعين الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيّدنا محمّد وآله الطاهرين، ربّنا عليك توكّلنا وإليك أنبنا وإليك المصير.

الجزء الثاني

من كتاب ابتغاء الفضيلة في شرح الوسيلة، وهو يشتمل على جميع شروط البيع والعوضين والمتعاقدين وما يتعلّق بها من الأحكام على نسق المتن المؤلّف من القواعد والشرائع واللمعة والوسيلة. والأصل في التأليف هو الوسيلة للفقيه النبيه السيّد أبي الحسن الموسويّ تغمّده الله برحمته، ولذلك سمّينا المتن بالوسيلة.

كتاب البيع

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيع [1]

وهو انتقال عين مملوكة من شخص إلى غيره بعوض مقدّر على وجه التراضي [2]*.

تعريف البيع

(*) **الظاهر أنّ لفظ** «الانتقال» للإشارة إلى ما هو مفهوم المادّة الموجودة في الهيآت المختلفة من البيع والابتياع وغيرهما، فالمقصود على الظاهر من التعبير المذكور انسلاخ الحيث الصدوريّ منه من دون أن يكون الغرض دخالة الجهة المطاوعيّة.

والمقصود من تقييد العين بالمملوكيّة ليس لزوم كونها مملوكة للبائع مع قطع النظر عن البيع حتّى ينتقض ببيع الكلّيّ في الذمّة وبيع الوقف في الموارد المجازة، بل الغرض اشتراط كونها قابلة للتمليك كما ينادي بذلك قولهﷺ بعد ذلك متفرّعاً على التعريف المذكور: «ولا على ما لايصحّ تملّكه». وحينئذٍ لو بدّل الانتقال بالتملّك لكان أخصر وأوفى.

أمّا تقدير العوض والتراضي فمن الواضح عدم دخالتهما في مفهوم البيع، بل هما ↖

---

(١) وسيلة النجاة: ج ٢ ص ٢٠.

(٢) قواعد الأحكام: ج ٢ ص ١٦.

المسألة الأُولى: عقد البيع يحتاج إلى إيجاب وقبول[١]*.

↲ دخيلان في تحقّقه في اعتبار الشارع.

فلعلّ الأولى أن يقال: إنّ البيع هو تمليك عين بعوض.

والمقصود من التمليك ليس إيجاد أصل حقيقة الاعتبار المذكور، بل الأعمّ منه ومن إيجاد خصوصيّةالملكيّة الخاصّة، لأنّ الظاهر صدق البيع على نقل بعض المال المشترك إلى أحد الشركاء بداعي حصول الملكيّة الاختصاصيّة له بالنسبة إلى المبيع، وانـتقالِ الشركة الّتي كانت متحقّقةً في المبيع إلى الثمن.

كما أنّه يمكن أن يقال: إنّ المقصود من التمليك نقل الإضافة الخاصّة من البائع إلى المشتري وحصولها تحت اختياره مع قطع النظر عمّا يترتّب على ذلك بحكم الشرع أو باختيار المشتري، فيشمل البيع ممّن نذر أن يكون كلّ ما يشتريه من العبيد أحراراً أو اشتراء العمودين أو الاشتراء للوقف.

ولعلّ الظاهر صدق البيع على كلّ ما هو تمليك عين بعوض بالمفهوم الأوّليّ الابتدائيّ ولو لم يكن العوض ملكاً للبائع كما لو جعل العوض في البيع نفس العمل لامالكيّته، كما لو قال: «بعت هذا بأن تصلّي على النبيّ وآله» فصلّى وقبل، وإن كان في صدق البيع عليه تأمّل، فإنّ الارتكاز قائم على التبادل في الملكيّة بحسب الظاهر حتّى في المثال وأمثاله.

احتياج عقد البيع إلى الإيجاب والقبول، والإشكال في إطلاق ذلك

(*) الاحتياج إليهما في ما كان البائع غير المشتري واضح جدّاً.

أمّا في ما كان العنوانان صادقين على مصداق واحد ـ كالوليّ على مالك المبيع الّذي يشتري لنفسه أو الوكيل المطلق مـن الجانبين لا لخصوص صيغة البيع ـ فالاحتياج ↰

---

(١) وسيلة النجاة: ج ٢ ص ٢٠.

◄إليهما غير واضح.

وتوضيح المقصود أنّه في الفرض المذكور إن كان المتصدّي لإيقاع الصيغة وكيلاً في خصوص الإيجاب من أحد الطرفين والقبول من الآخر فلامحالة لابدّ من الأمرين. وكذا لو كان وكيلاً في إيجاد المعاملة بأيّ نحو يرى ذلك ولكن أجرى الإيجاب بداعي إعمال السلطنة المحوّلة إليه من مالك المبيع ـ مثلاً ـ فحينئذٍ لابدّ من القبول ولايكتفي بالإيجاب المحض.

أمّا لو أوجد في المفروض مضمون المعاملة بداعي إعمال السلطنتين فلا وجه للاحتياج إلى القبول، وهو الّذي نفى عنه البعد صاحب العروة الوثقى‌ؒ في فصل نكاح العبيد والإماء من كتاب النكاح[١]، واختاره غير واحد من أعاظم مقاربي عصرنا، لعدم التعليق عليه في تعاليقهم.

واحتمالُ كون البيع عقداً مطلقاً عند العرف بحيث كان التعبّد بذلك متحقّقاً عندهم بلاجهة تقتضيه بعيدٌ جدّاً، بل يمكن دعوى القطع بعدمه، فإنّ الظاهر بل المقطوع أنّ عقديّة المعاملات وإيقاعيّتها مسبّبتان عن كون المعاملة المذكورة موجبة للتصرّف في السلطان الواحد أو السلطانين فالأوّل إيقاع والثاني عقد، فالبيع عقدٌ بملاك أنّ اختيار تحقّقه موكول إلى شخصين، وأمّا إذا كان أمره محوّلاً إلى شخص واحد فلا وجه للالتزام بكونه عقداً حينئذٍ.

وربما يؤيّد ما يقتضيه القاعدة خبر سهل الساعديّ المشهور في كتب الفريقين كما قيل على ما في المكاسب[٢].

فقد روى في المستدرك عن عوالي اللآلئ عنه أنّ النبيّ‌ﷺ جاءت إليه امرأة فقالت: يا رسول‌الله، إنّي قد وهبت نفسي لك، فقال‌ﷺ: «لا إربة لي في النساء» فقالت: زوّجني بمن شئت من أصحابك، فقام رجل فقال: يا رسول‌الله، زوّجنيها، فقال: «هل معك شيء تُصدقها؟» فقال: والله، ما معي إلّا ردائي هذا، فقال: «إن أعطيتها إيّاه تبقى ولارداء لك، ◄

(١) المسألة ١٦.
(٢) ج ٣ ص ١٤٢.

هل معك شيء من القرآن؟» فقال: نعم، سورة كذا وكذا، فقال صلى الله عليه وآله: «زوّجتكها على ما معك من القرآن»[١].

فإن الظاهر أنّه ليس المقصود من قول الرجل: «زوّجنيها» هو استدعاء الإيجاب المحض، بل الظاهر توكيل التزويج إليه صلى الله عليه وآله، فهو وكيل من الطرفين فأوجد علقة الزوجيّة بما ذكره بلفظه أو بما يقرب منه على النقل المذكور.

بل يدلّ عليه صحيح محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام، قال: جاءت امرأة إلى النبيّ صلى الله عليه وآله فقالت: زوّجني، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: «من لهذه؟» فقام رجل فقال: أنا يا رسول الله، زوّجنيها، فقال: «ما تعطيها؟» فقال: ما لي شيء، قال: «لا» فأعادت فأعاد رسول الله صلى الله عليه وآله الكلام، فلم يقم أحد غير الرجل، ثمّ أعادت، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله في المرّة الثالثة: «أتحسن من القرآن شيئاً؟» قال: نعم، قال: «قد زوّجتكها على ما تحسن من القرآن فعلّمها إيّاه»[٢].

والصحيح عن محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام، قال: سألته عن الرجل كيف ينكح عبده أمته؟ قال: «يجزيه أن يقول: قد أنكحتك فلانة، ويعطيها ما شاء من قبله أو من مولاه ...»[٣].

وما في الوسائل عن الكافي عن أمير المؤمنين عليه السلام في حديث طويل أنّه قال لامرأة: «ألكِ وليٌّ؟» قالت: نعم، هؤلاء إخوتي، فقال لهم: «أمري فيكم وفي أُختكم جائز؟» قالوا: نعم، فقال عليٌّ عليه السلام: «أُشهد الله وأُشهد من حضر من المسلمين أنّي قد زوّجت هذه الجارية من هذا الغلام بأربعمائة درهم والنقد من مالي»[٤].

إن قلت: البيع عقد محتاج إلى الإيجاب الّذي هو التأثير والقبول الّذي مفاده التأثّر والمطاوعة، فالاحتياج إليهما ليس لصِرف كون السلطنة فيه موكولاً إلى شخصين، بل

(١) مستدرك الوسائل: ج ١٤ ص ٣١٣ ح ٤ من ب ١ من أبواب عقد النكاح.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٢١ ص ٢٤٢، الباب ٢ من أبواب المهور.

(٣) وسائل الشيعة: ج ٢١ ص ١٤٦ ح ١ من ب ٤٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٤) وسائل الشيعة: ج ٢٠ ص ٢٦٢ ح ٦ من ب ١ من أبواب عقد النكاح.

والأقوى عدم اعتبار العربيّة*،

⬅لهذا ولتقوّمه بالتأثير والتأثّر. كيف؟! ولو كان كذلك لصحّ البيع بالإيجابين، وهو خلاف مرتكز العقلاء وسيرتهم.

قلت: تقوّم البيع عرفاً بالتأثير والتأثّر حتّى يكون أحد الطرفين بائعاً والآخر مشترياً، وأحدُ موردي المعاملةمعوّضاًيجري عليه أحكامهالعرفيّةمن اعتبار كونه عيناً والشرعيّة من كون تلفه على مالكه الأوّل ـ مثلاً ـ والآخرُ عوضاً غيرالمتحقّق في مورد الإيجابين. والمتحقّق فيالمورد أمر واعتبار الإيجاب والقبول أمر آخر.والممنوع هوالثاني لا الأوّل المتحقّق في المبحوث عنه.

إن قلت: صِرف ثبوت عنوان المعوّض على أحد موردي المعاملة وعنوان العوض على الآخر لايكفي في تحقّق البيع عرفاً. كيف؟! مع أنّه لو فرض إنشاء التمليك من البائع وإنشاء التملّك من المشتري من دون اطّلاع أحدهما على إنشاء الآخر لايصحّ البيع عرفاً وشرعاً، فلابدّ من تحقّق مفهوم المطاوعة صراحةً أو ضمنيّاً.

قلت: عدم تحقّق البيع في مورد النقض من باب عدمتحقّق المعاهدةالموجبةلوجوب الوفاء شرعاً وعرفاً، لا من جهة عدم حصول المطاوعة.

ويترتّب على ما ذكر حصول البيع لو قال كلّ واحد من مالكي المعوّض والعوض: «إنّا بنينا على أن يكون العين المعيّن منتقلاً في قبال العوض المعلوم المقدّر» ولامحذور فيه بحسب الظاهر.

وإن منع ذلك فلاريب في صدق التعهّد الموجب لوجوب الوفاء فيصحّ ويلزم، غاية الأمر لايجري فيه أحكام خصوص البيع من خيار المجلس وغيره، فتأمّل.

عدم اعتبار العربيّة ولو مع التمكّن منها

(*) بل هو الّذي قطع بـه الأصحاب للعاجز عنها ولو بالتعلّم بلا مشقّة وكـذا عن ⬅

بل يقع بكلّ لغة ولو مع إمكان العربيّ*.

كما أنّه لا يعتبر فيه الصراحة،**

↵التوكيل على قول كما في مفتاح الكرامة عن كشف اللثام[١]. قال ﷺ: والمصرّح باشتراط العربيّة في المقام الشهيد والمحقّق الثانيان[٢]. ولكن في المكاسب نقله عن السيّد العميد والفاضل المقداد أيضاً[٣]. وكيف كان، فلا دليل عليه، فمقتضى بناء العقلاء ووجوب الوفاء بالعقود هو الصحّة واللزوم، لكن في مفتاح الكرامة نقل الإجماع على عدم صحّة العقد بغير العربيّ في صيغ النكاح عن المبسوط والتذكرة، وخالف ابن حمزة فاستحبّها[٤].

(*) **وجه الصحّة** للعاجز بالخصوص ولو مع التمكّن من التوكيل ما ورد في كفاية الإشارة في طلاق الأخرس، مثل خبر السكونيّ: «طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها ويضعها على رأسها ويعتزلها»[٥]. وقريب منه خبر أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام[٦] المؤيّدين بغيرهما من الأخبار[٧].

ومنه يظهر أنّ مقتضى الاستدلال المذكور: جواز الطلاق بغير العربيّ لمن لا يحسنها ولا يتمكّن منها ولو تمكّن من التوكيل، فتأمّل.

عدم اعتبار الصراحة وكفاية الكناية والمجاز

(**) **المراد بها** على ما في المكاسب وقال إنّه يظهر من جماعة من العامّة والخاصّة في باب الطلاق وغيره: ما كان موضوعاً لعنوان ذلك العقد لغةً أو شرعاً[٨]. وهو الّذي ↵

(١ و ٢) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٥٢٧.
(٣) المكاسب: ج ٣ ص ١٣٥.
(٤) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٥٢٧ ـ ٥٢٨.
(٥) وسائل الشيعة: ج ٢٢ ص ٤٨ ح ٣ من ب ١٩ من أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه.
(٦) وسائل الشيعة: ج ٢٢ ص ٤٨ ح ٥ من ب ١٩ من أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه.
(٧) راجع وسائل الشيعة: ج ٢٢ ص ٤٧، الباب ١٩ من أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه.
(٨) المكاسب: ج ٣ ص ١٢٠.

◄ صرّح به في مفتاح الكرامة، قال: واعلم أنّ اشتراط الدلالة بالوضع هو الّذي يعبّرون عنه بالصراحة[١].

وكيف كان، فقد صرّح جماعة منهم العلّامة في التذكرة بأنّ من شروط الصيغة التصريح فلا يقع بالكناية[٢]. وفي جامع المقاصد: إنّهم قالوا: إنّ العقود اللازمة لاتثبت بالمجازات[٣].

ولعلّ الأصحّ ما في المتن وفاقاً للمحقّقين من المتأخّرين.

وذلك لأُمور:

منها: صدق العقد على ما يوجد بمطلق ما يدلّ عليه من الألفاظ. فيجب الوفاء به.

ومنها: صدق البيع عليه عرفاً، فيترتّب عليه جميع الآثار العرفيّة والشرعيّة المترتّبة على البيع.

ومنها: حصول الملكيّة العرفيّة بذلك في نظرهم، فيترتّب عليها آثارها.

ومنها: عدم ورود لفظ خاصّ من الشارع، فالبيع نظير الألفاظ المتداولة في سائر المحاورات الّتي لم يتصرّف فيها الشارع المقدّس في ما تدلّ عليه من المعاني.

وممّا ذكرنا يظهر دفع ما ربما يشكل في الكناية والمجاز الّذي تكون قرينته غير اللفظ:

أمّا الإشكال في الكناية فهو أنّ الكناية في الإخبار من باب أنّ الإخبار عن اللازم موجب للإخبار عن الملزوم، لوجود الملازمة. وهذا بخلاف الإنشاء، فإنّ إنشاء اللازم لايوجب إنشاء الملزوم، بل هو محتاج إلى إنشاء مستقلّ، لأنّه إيجاد مستقلّ.

والجواب عنه: أنّ اللفظ دالّ على إنشاء الملزوم بالواسطة، فإنّه يدلّ على إنشاء اللازم وهو أي إنشاء اللازم يدلّ على إنشاء الملزوم.

والحاصل: أنّه ليس إنشاء اللازم موجباً لإنشاء الملزوم، بل هو كاشف عنه، فإنّه ◄

---

(١) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٤٨٥.
(٢) تذكرة الفقهاء: ج ١٠ ص ٩.
(٣) جامع المقاصد: ج ٤ ص ٢٠٧.

بل يقع بكلّ لفظ دالّ على المقصود عند أهل المحاورة كـ«بعت» و«ملّكت» ونحوهما في الإيجاب، و«قبلت» و«اشتريت» و«ابتعت» ونحو ذلك في القبول. كما أنّ الظاهر عدم اعتبار الماضويّة*،

لايمكن إنشاء اللازم على طريق الجدّ إلّا مع إنشاء الملزوم.

وأمّا الإشكال في المجاز المذكور فلأنّ غير اللفظ دخيل في الدلالة أيضاً.

والجواب: أنّه يكفي بمطلق الدالّ العرفيّ كما يأتي في المعاطاة ولو لم يكن باللفظ.

مع أنّه على فرض لزوم اللفظ فلا دليل إلّا على لزوم كون الظهور لفظيّاً، بمعنى كون البيع مراداً من لفظ التفويض ـ مثلاً ـ بنحو يكون المعنى المزبور ظاهراً من اللفظ الخاصّ ولو بتوسيط كون المعوّض ـ مثلاً ـ مناسباً للبيع لا الإجارة.

عدم اعتبار الماضويّة

(*) وذلك لمامرّ في عدم اعتبار الصراحة من الوجوه.

مضافاً إلى بعض الأخبار:

كخبر أبان المرويّ بطرق عن إبراهيم بن الفضل عنه عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: قلت له: كيف أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: «تقول: أتزوّجك متعة على كتاب الله وسنّة نبيّه لاوارثة ولاموروثة كذا وكذايوماً وإن شئت كذا وكذا سنة بكذا وكذا درهماً، وتسمّي من الأجرما تراضيتما عليه، قليلاً كان أو كثيراً، فإذاقالت: «نعم» فقد رضيت وهي امرأتك...»[1].

وموثّق أبي بصير، قال: «لابدّمن أن يقول فيه هذه الشروط: أتزوّجك متعة كذا وكذا يوماً بكذا وكذا درهماً، نكاحاً غير سفاح ...»[2].

(١) وسائل الشيعة: ج ٢١ ص ٤٣ ح ١ من ب ١٨ من أبواب المتعة.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٢١ ص ٤٤ ح ٤ من ب ١٨ من أبواب المتعة.

وغيرهما من الأخبار الواردة في صيغة المتعة(١).

ويدلّ عليه بعض ماورد في بيع المرابحة أيضاً:

كحسن الحلبيّ بإبراهيم أو الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «قدّم لأبي متاع من مصر فصنع طعاماً ودعا له التجّار فقالوا: إنّا نأخذه منك بده دوازده؟ فقال لهم أبي عليه السلام: وكم يكون ذلك؟ قالوا: في عشرة آلاف ألفين، فقال لهم أبي عليه السلام: إنّي أبيعكم هذا المتاع باثني عشر ألفاً فباعهم مساومة»(٢).

وبطريق صحيح عنه عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «قدّم ...» إلّا أنّه لم يذكر «فباعهم مساومة»(٣).

وصحيح العلاء، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل يريد أن يبيع البيع فيقول: أبيعك بده دوازده أو ده يازده، فقال: «لا بأس إنّما هذه المراوضة، فإذا جمع البيع جعله جملة واحدة»(٤). فإنّ الظاهر منه جواز إجراء الصيغة بما ذكر إلّا في قوله: «ده دوازده ...» فيجعل الثمن مقداراً معلوماً كما تقدّم في الخبر المتقدّم.

ويدلّ عليه بعض ماورد في باب بيع الغرر والمجازفة(٥)، وبعض ماورد في بيع المصاحف(٦)، وماورد في البيع المشروط فيه الخيار(٧).

والإشكال في دلالة الأخبار بأنّها ليست في مقام بيان الصيغة كما في تعليق

---

(١) راجع وسائل الشيعة: ج ٢١ ص ٤٣، الباب ١٨ من أبواب المتعة.

(٢) الكافي: ج ٥ ص ١٩٧ ح ٢ من باب بيع المرابحة، وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٦١ ح ١ من ب ١٤ من أبواب أحكام العقود.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٦٢.

(٤) التهذيب: ج ٧ ص ٥٤ ح ٣٥ من باب البيع بالنقد والنسيئة، وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٦٣ ح ٥ من ب ١٤ من أبواب أحكام العقود.

(٥) فراجع الوافي: ج ١٨ ص ٦٦٧، الباب ١٠٦ باب بيع الغرر والمجازفة.

(٦) راجع الوافي: ج ١٧ ص ٢٤٣، الباب ٣٨ باب بيع المصاحف.

(٧) راجع الوافي: ج ١٧ ص ٥٠٣، الباب ٨٠.

الطباطبائيّ[١] تبعاً لصاحب الجواهرﷺ[٢] إن صحّ في بعضها لايصحّ في الكلّ، لأنّه لا إشكال في مقام المراوضة وتحقّقها على ده دوازده؛ فالظاهر أنّ قولهﷺ: «فقال لهم أبي: أبيعكم ...» هو الصيغة المكتفى بها، وكذا الكلام بالنسبة إلى ماورد في بيع المصحف، فإنّ المكروه أو المحرّم هو وقوع البيع والشراء على نفس الخطوط. فالظاهر أنّه في مقام ما يقال وينشأ عند البيع والشراء.

وعدم كونه في مقام بيان كيفيّة الصيغة من كونها مضارعاً أو ماضياً لايضرّ بعد فرض كون الصيغة المذكورة هي المضارع، لأنّه ليس من قبيل التمسّك بالإطلاق كما هو واضح. هذا.

مضافاً إلى أنّ المضارع أولى بالصحّة من الماضي، فإنّه حقيقة في ما مضى[٣]، واستعمالُه في الحال أو الاستقبال إن كان المقصود وقوع المنشأ بعد الإيجاب والقبول ـ كما لايبعد ـ مجازٌ، وهذا بخلاف المضارع فإنّه مستعمل في ما وضع له من الحال أو الاستقبال.

وربما يؤيّد بصحّة الطلاق بغير الماضي بلا إشكال ولا كلام على الظاهر، لدلالة صحيح الحلبيّ[٤] وغيره[٥] على صحّة الطلاق بقوله: «أنت طالق».

وليس في البين ما يوجب الترديد إلّا ماعن التذكرة على ما في الجواهر[٦] ومفتاح

---

(١) حاشية كتاب المكاسب للفقيه الطباطبائيّ اليزديّ: ج ١ ص ٣٣٩، التعليقة ٤٥٣.

(٢) راجع جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٤٠٨.

(٣) إلّا أن يقال بأنّه ليس حقيقة في ما مضى، بل معناه تحقّق الحدث، فالاستعمال في آن تحقّقه استعمال في معناه الحقيقيّ.

لكنّ الظاهر عدم كون المقصود من الإيجاب حصول المفاد حال تحقّقه، بل المقصود حصوله بمجموع الإنشاءين ولايكون الموجب شرعاً في مقابل العرف الحاكم بتحقّقه بمجموع الإنشاءين؛ فالماضي لم يستعمل في معناه الحقيقيّ ولو لم يكن المضيّ مأخوذاً في معناه كما هو التحقيق. منه عفي عنه.

(٤) وسائل الشيعة: ج ٢٢ ص ٤٢ ح ٤ من ب ١٦ من أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه.

(٥) راجع وسائل الشيعة: ج ٢٢ ص ٤١، الباب ١٦ من أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه.

(٦) ج ٢٣ ص ٤٠٧.

فيجوز بالمضارع وإن كان المشهور اعتبارها*، ولا ريب أنّه الأحوط**.

↵ الكرامة: لو قال: «أبيعك» أو قال: «أشتري» لم يقع إجماعاً[١].

لكنّه موهون بما عن المختلف من نقل الخلاف عن القاضي في الكامل والمهذّب كما في مفتاح الكرامة[٢]، وباحتمال كون الإجماع المدّعى مأخوذاً من الإجماع المدّعى من الغنية ـ على ما حكي عنه ـ على عدم كفاية الاستيجاب والإيجاب[٣]. ويؤيّد ذلك نسبة الاشتراط إلى الشيخ وابن حمزة في المختلف مع أنّ السيّد الماجد لم يجده في المبسوط والغنية[٤].

ويوهن أيضاً بتعليل عدم الاكتفاء بالاستيجاب بعدم الدلالة، من جهة كونه استدعاءً أو احتمال كون الغرض استبانة الحال كما في الشرائع[٥] وعن التذكرة وتعليق الإرشاد وغيرهما[٦] الظاهر في عدم اتّكاء المجمعين على دليل تعبّديّ لم يصل إلينا.

(*) نقلها السيّد الماجد عن مجمع البرهان والمفاتيح[٧]، ونقل الاشتراط عن الوسيلة والشرائع والإرشاد وشرحه للفخر والمختلف والتذكرة والتحرير والدروس واللمعة والتنقيح وصيغ العقود وتعليق الإرشاد والروضة والمسالك[٨].

وتحقّق الشهرة بذلك غير واضح؛ مع أنّه يوهنها أيضاً بعض ما تقدّم في تقريب وهن الإجماع المنقول.

(**) لاحتمال اتّكاء من اعتبرها إلى دليل لم يصل إلينا. ومنه يظهر ضعف وجه الاحتياط.

(١ و ٢) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٥١٩.

(٣) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٥١٨.

(٤) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٥٢٣.

(٥) ج ١ ـ ٢ ص ٢٦٧.

(٦) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٥٢١.

(٧) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٥٢٣.

(٨) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٥٢٢.

وهل يعتبر فيه عدم اللحن من حيث المادّة والهيئة والإعراب لو أوقعه بالعربيّ؟* الظاهر العدم إذا كان دالّاً على المقصود عند أبناء المحاورة وعدّ ملحوناً من الكلام لا كلاماً آخر ذكر في هذا المقام**؛

لا يعتبر عدم اللحن

(*) كلامه موهم لوجود وجه يدلّ على اعتبار عدم اللحن في خصوص ما إذا كان العقد بالعربيّ ولو مع فرض عدم اشتراط العربيّة كما تقدّم مع أنّه لا وجه لذلك، فإنّ اعتبار عدم اللحن إمّا من باب لزوم العربيّة الّتي ربما يتأمّل في صدقها على الملحون وقد تقدّم منه أنّ الأقوى عدم اعتبارها، وإمّا من جهة لزوم كون ما ينشأ به المعاملة موضوعاً لها أو دالّاً بالدلالة العرفيّة المعتبرة عند أبناء المحاورة عليها ودخالة ذلك في تحقّق المعاملة عند العرف. وعليها لا فرق بين العقد العربيّ وغيره، فالترديد المذكور في المتن قابل للسريان لوجهه إلى غير العربيّ أيضاً؛ فالأولى أن يجعل مورد الترديد مطلق اللحن، فهنا مسألتان: إحداهما مسألة اشتراط العربيّة والثانية اشتراط الصحّة في كلّ لغة بالنسبة إليها.

جواز العقد بما كان المقصود معلوماً عند المتعاملين وإن عدّ كلاماً آخر

(**) بل مقتضى القاعدة صحّته أيضاً في تلك الصورة إذا كان دالّاً على المقصود عند أبناء المحاورة ولو بقرينة المقام، بل ولو لم يدلّ عليه عندهم وكان المقصود معلوماً عند المتعاملين، لصدق العقد والعهد الّذي هو الملاك لوجوب الوفاء، فإنّ اللفظ عند العرف ليس فيه خصوصيّة تعبّديّة بل هو لحصول المعاهدة بين الطرفين بذلك. وعدمُ كونه عقداً متعارفاً لا يمنع عن بناء العرف على ترتيب الأثر على تقدير التحقّق وعن الصدق عليه، فينطبق عليه العموم الدالّ على الوفاء بالعقد والعهد.

كما إذا قال: «بَعت» بفتح الباء أو «بِعِتْ» بكسر العين وسكون التاء. وأولى بذلك اللغات المحرّفة* كالمتداولة بين أهل السواد ومن ضاهاهم.

المسألة الثانية: الظاهر جواز تقديم القبول على الإيجاب**

(*) وذلك لأنّها ليست ملحونة بالنسبة إلى ما تداول بينهم الّذي هو الملاك للوضع غالباً.

وكونُها ملحونةً بالنسبة إلى اللغة الأَصليّة غير مضرّة ولو على فرض اعتبار عدم اللحن، فالتحريف المتداول كاللغات الّتي أخذت منها كتب اللغة من الأقوام المختلفة.

مضافاً إلى أنّ الاحتياط في مجتمعهم بإجراء العقد باللغة الصحيحة الفصيحة ربما يكون خلاف الاحتياط، لعدم دلالته على المقصود عندهم ولايكون متعارفاً بينهم.

وفي مفتاح الكرامة عن الشهيد في الحواشي عن فخرالدين: إذا لحن الموجب أو القابل في العقود فإن قال: «بَعتك» بفتح الباء فإنّه يصحّ إذا لم يكن عارفاً أو كان عارفاً وقصد الإيجاب، ولو قال: «جوّزتك» في النكاح لم يصحّ، وفي الطلاق لو عقد القاف كافاً فإنّه لسان ورد في اللغة فيصحّ وإن أمكنه النطق بغيره[1]. انتهى ملخّصاً.

الظاهر جواز تقديم القبول على الايجاب في الجملة

(**) جواز تقديمه في الجملة محكيّ عن جماعة منهم القاضي وعن الشهيدين في اللمعة والروضة والمسالك والحواشي والدروس وعن الفاضل في النهاية والتحرير، وهو المحكيّ عن الكفاية ومجمع البرهان، بل قيل: إنّه ظاهر كلّ من لم يتعرّض لاشتراط التقديم كالغنية وغيرها[2]. بل في المكاسب أنّ عبارة الشيخ‏ في نكاح

(١) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٥٢٦.

(٢) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٤١١، مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٥٣١ ـ ٥٣٢.

↵المبسوط ظاهر في عدم الخلاف في جوازه بين الإماميّة، ونسب عدم جوازه إلى الخلاف والوسيلة والسرائر والتذكرة[١]. وفي مفتاح الكرامة عن المختلف أنّه الأشهر، بل حكي عن الخلاف الإجماع عليه، لكن قال السيّد الماجد في مفتاحه: إنّه وهمٌ قطعاً لأنّي تتبّعت كتاب البيع فيه مسألة مسألة وغيره حتّى النكاح فلم أجده ادّعى ذلك، وعبارته في المقام توهم ذلك للمستعجل وهي قوله: دليلنا أنّ ما اعتبرناه مجمع على ثبوت العقد به وما ادّعوه لا دلالة على صحّته[٢].

أقول: وممّا ذكرنا ظهر عدم الإجماع المحصّل ولا المنقول على الاشتراط. ونقل عدم الخلاف على الجواز حتّى في غير النكاح[٣].

ويدلّ على جوازه اُمور:

الأوّل: صدق العقد والبيع عليه فيشمله العموم.

الثاني: ثبوت بناء العقلاء على ترتيب الأثر عليه.

الثالث: ورود بعض الروايات الخاصّة في النكاح الظاهر في جواز التقديم، كالمتقدّم[٤] بطرق متعدّدة عن أبان.

إن قلت: إنّ «ابتعت» و«اشتريت» متضمّن لمعنى القبول فمعناه قبول البيع والشراء، فكما أنّه لايصحّ التقديم بلفظ القبول لعدم تضمّنه النقل والانتقال في الحال لابدّ أن يقال: إنّه لايصحّ بما ذكر أيضاً. **والدفعُ** بـ«أنّ مفادهما قبول أصل البيع أي ملكيّة العين في مقابل ملكيّة العوض لا الفعل الصادر من البائع بما هو كذلك» **مخدوشٌ** بأنّ مقتضى لزوم تحقّق العهد في البيع هو إضافة كلّ من الإنشاءين إلى الإنشاء الآخر، ولذا لو تملّك أحد مالاً بعوض مالٍ بتخيّل كفاية ذلك في التملّك أو تملّك غصباً من دون أن يكون ذلك بداعي تحقّق المعاهدة وحصول الإنشاء من الآخر لم ينعقد العقد.

قلت: إضافة أحد الإنشاءين إلى الآخر لاتقتضي تضمّن ما ذكر من الصيغة لمعنى↵

---

(١) المكاسب: ج ٣ ص ١٤٠ ـ ١٤١.

(٢) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٥٢٨ ـ ٥٢٩.

(٣) راجع المكاسب: ج ٣ ص ١٤١.

(٤) في ص ١٤.

إذا كان بمثل «اشتريت» و«ابتعت» لا بمثل «قبلت» و«رضيت»*.

↲قبول فعل الغير، كيف؟ والإضافة لازمة في الإيجاب أيضاً، وإلّا لم تتحقّق حقيقة المعاهدة الّتي بني عليها مفهوم البيع، بل يكفي في حصولها الإنشاء بداعي إعلام الطرف وكان الغرض منه حصول النتيجة بالإنشاءين.

توضيح جواز تقديم القبول على الإيجاب مطلقاً

(*) كما صرّح بذلك جماعة من أعلام الفنّ.

قال‌ﷺ في الجواهر بعد قول المحقّق «الأشبه عدم الاشتراط»: إذا لم يكن بلفظ «قبلت» ونحوه ممّا لا معنى له مع التقديم ولذا كان ممنوعاً(١).

وقال السيّد الماجد في مفتاح الكرامة: هما (أي الإضافة والفرعيّة) ظاهرتان في لفظ «قبلت» ولانزاع فيه كما صرّح به جماعة، ولهذا لو أتى البائع بلفظ «قبلت» ونحوه لم ينعقد، لا للتقديم بل لعدم صحّة هذا اللفظ(٢).

وقد استدلّ الشيخ الأنصاريّ‌ﷺ عليه بما خلاصته أنّ القبول الّذي هو أحد ركني العقد ليس صِرف الرضا بالإيجاب، بل مضافاً إلى إفادته لذلك لابدّ أن يكون متضمّناً للنقل في الحال، فإنّ المشتري ناقل كالبائع ولاريب أنّه لايتحقّق بالقبول المتقدّم الّذي ليس مفاده إلّا قبول فعل الموجب، لأنّ القابل قد قبل التمليك الحاصل في المستقبل فلا يتحقّق النقل إلّا فيه(٣).

لكنّه مردودٌ لوجوه:

الأوّل: إمكان منع لزوم كون القبول متضمّناً للنقل في الحال، فإنّ لنا أن نقول: إنّه يكفي صِرف الرضا بالإيجاب والإخبار به بداعي حصول المفاد بإنشاء الموجب من ↰

---

(١) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٤١١.
(٢) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٥٣٠.
(٣) المكاسب: ج ٣ ص ١٤٤.

دون لحاظ استناد النقل والانتقال إلى نفسه، فإنّ حصول مفاد المعاملة لايحتاج إلّا إلى أمور كلّها موجودة:فمنها تحقّق الإنشاء،لعدم كفاية صِرف الرضا الباطنيّ أو الإخبار بذلك في حصول المفاد في المعاملات، وهو موجود، لأنّ المفروض أنّ الموجب ينشئ المبادلة التامّة بين المالين ويجعل أحدهما عوضاً والآخر معوّضاً ويملّك أحدهما ويتملّك الآخر. ومنها:طيب النفس الواقعيّ من الطرفين الموجودبالفرض. ومنها: تحقّق المعاهدة الّتي تتمّ قطعاً عند العرف بالإخبار عن الرضا والقبول بداعي كون ذلك القول سنداً لصاحبه وبداعي حصول المفاد بإنشاء الموجب.

الثاني: منع لزوم تضمّن القبول النقل في الحال كما أنّه ليس الإيجاب المتقدّم متضمّناً للنقل في الحال كما تقدّمت الإشارة إليه، فإنّ الموجب بإيجابه المتقدّم لايشرّع الملكيّة لنفسه ولغيره بنفس الإيجاب من دون انتظار القبول من القابل، بل المقصود حصولها بإنشائهما.

والحاصل: أنّه لايحصل مفاد المعاملة واقعاً ولا في مقام إنشاء المتعاملين بالمتقدّم من الإنشاءين قبولاً كان أو إيجاباً، فعلى فرض تسليم لزوم كون القبول متضمّناً للنقل فيمنع لزوم كونه متضمّناً للنقل في الحال كما يمنع ذلك أيضاً في الإيجاب المتقدّم بل المتأخّر منهما أيضاً في مثل الفضوليّ من الطرفين.

الثالث: على فرض تسليم لزوم تضمّنه للنقل في الحال بحسب الإنشاء فهو متضمّن له لو بني على تصوير تحقّق المفاد إنشاءً ولو مع فرض عدم حصوله في اعتبار العرف كما هو مبنى كلام الشيخ المحقّق الأنصاريّ وعليه جرى في الاستدلال المذكور.

ولكن هذا إذا كان متعلّق القبول نفس مفاد الإيجاب بإلقاء الخصوصيّة الزمانيّة أو كان متعلّقه مفاده من دون اعتبار صدور إنشاء منه من جانب الموجب كما في القبول المتأخّر، فإنّ القبول المتأخّر لايتعلّق بالإيجاب المتقدّم بخصوصيّة ما له من الزمان، وكما في الإجازة المتأخّرة في باب الفضوليّ، وإلّا لتعيّن الكشف في المقامين إن كان معقولاً والبطلان لو فرض عدم تعقّله.

وأمّا إذا كان بنحو الأمر والاستيجاب كما إذا قال من يـريد الشـراء: «بعني الشيء الفلانيّ بكذا» فقال البائع: «بعتكه بكذا»*

الفرق بين ألفاظ القبول في وضوح جواز تقديمه وعدمه

وممّا ذكرنا تحصّل أنّ الأقوى بحسب الدليل جواز تقديم القبول على الإيجاب مطلقاً، سواء كان بلفظ «شريت» أو بمثل «اشتريت» و«ابتعت» أو بمثل «رضيت» أو «أتقبّل» وبعده «قبلت» وإن كان الأمر في الأوّل أوضح ثمّ في الثاني ثمّ الثالث ثمّ الرابع. ولا يخفى وجه ذلك على المتأمّل.

وجه الإشكال في الأمر والاستيجاب وأنّ الحقّ هو التفصيل

(*) يمكن أن يقال بالصحّة إذا كان صدور الأمر من المشتري بداعي تحقّق المعاهدة بذلك وكونه جارياً مجرى القبول وصفق اليد على اليد فيقول ذلك ليكون سنداً لصاحبه كما في إنشائه، وذلك لصدق المعاهدة والبيع. وأمّا إذا لم يكن إلّا بداعي صدور الإيجاب من صاحبه فلا.

وقد مرّ أيضاً أنّه يمكن القول بالصحّة إذا كان الأمر بداعي إيكال أمر العقد إليه وقد أنشأ الموجب بداعي إعمال السلطنتين، لا من باب جهة الاكتفاء به في القبول بل من جهة عدم الاحتياج إلى القبول.

ويمكن أيضاً تصحيحه إذا رتّب المشتري أثر المعاملة بعد إنشاء الموجب، فإنّ الإمضاء العمليّ إذا وقع بعد الإيجاب فهو بمنزلة القبول فتكون المعاملة مركّبة من اللفظ والعمل فإذا قلنابصحّة المعاطاة كما يجيء إن شاء الله تعالى فالحاصل باللفظ والفعل أولى بالصحّة.

وعلى أحد المحامل الثلاثة المتقدّمة يحمل ما اشتهر من خبر سهل الساعديّ[1]

---

(١) المتقدّم في ص ٩.

ففي صحّته وتماميّة العقد به إشكال لايبعد الصحّة* وإن كان الأحوط إعادة المشتري القبول**.

↙في كتب الفريقين: قال في الشرائع في كتاب النكاح: ولو أتى بلفظ الأمر وقصد به الإنشاء كقوله: «زوّجنيها» فقال: «زوّجتك» قيل: يصحّ كما في خبر سهل الساعديّ، وهو حسن[١].

قال في الجواهر: القائل هو الشيخ وابنا زهرة وحمزة فيما حكي عنهم. والخبر مرويّ بطرق من الخاصّة والعامّة، بل في المسالك: رواه كلّ منهما في الصحيح، وهو «إنّ امرأة أتت النبيّ وقالت: يا رسول‌الله! إنّي وهبت لك نفسي ...»[٢] إلى آخر ما ذكرناه[٣] ونقلناه عن المستدرك عن العوالي مع اختلاف يسير غير مضرّ بأصل المعنى. قال: وليس في الخبر في شيء من طرقه أنّه أعاد القبول[٤]. وقد مرّ أيضاً[٥] صحيح محمّد بن مسلم عن أبي جعفر.

لكنّ الإنـصاف أنّ الحمل على الوجه الأوّل بعيدٌ، لعدم معلوميّة حصول المعاهدة وعدم توافق الطرفين عليها عند استدعاء التزويج، فالحمل على أحد الوجهين الآخرين من الإيكال إلى النبيّ أو حصول القبول بعده بالفعل خالٍ عن الخلل بحسب الظاهر.

(*) قد مرّ التفصيل فراجع التعليق السابق.

(**) وأحوط منه إعادة الإيجاب أيضاً، من جهة أنّ الإيجاب السابق وقع بداعي حصول المعاهدة بالمجموع من الاستيجاب والإيجاب فهو غير مربوط بالقبول المتأخّر، فإذا فرضنا بطلان الاستيجاب السابق كما هو المفروض في وجه الاحتياط فالإيجاب الواقع يكون بمنزلة ما لو أنشأ الموجب استبداداً، من جهة بنائه تخيّلاً أو ↖

---

(١) شرائع الإسلام: ج ١ ـ ٢ ص ٤٩٨.

(٢) جواهر الكلام: ج ٣٠ ص ٢٤١.

(٣) في ص ٩.

(٤) جواهر الكلام: ج ٣٠ ص ٢٤٢.

(٥) في ص ١٠.

المسألة الثالثة: يعتبر الموالاة بين الإيجاب والقبول*،

◄ تشريعاً على كفاية إيجابه في المعاملة وعدم الاحتياج إلى القبول لكن ما لك القبول أنشأ القبول.

فإن أُشكل في ذلك من جهة عدم تحقّق عنوان المعاهدة ولذا قالوا ببطلان العقد في ما لم يكن كلّ من المتعاملين واجداً لشرائط الإنشاء عند إنشاء الآخر فيشكل في ذلك أيضاً من جهة لزوم الربط بين كلّ من الإنشاءين والبناء على حصول مفاد المعاملة بفعلهما بأنّ ما قصد وقوع العقد به عند الإيجاب من الاستيجاب السابق لم يقع وما يقع من القبول المتأخّر لم يقصد.

إلّا أن يـقال: يكفي في حصول المعاهدة عرفاً عهد كلّ منهما إلى الآخر بالالتزام بحصول مفاد المعاملة. وبهذا يفرق بين المقام وما ذكر من لزوم كون كلّ من المتعاقدين واجداً للشرائط من أوّل الإيجاب إلى آخر القبول، فتأمّل فإنّ كفاية صِرف ذلك في صدق المعاهدة غير واضح.

اعتبار الموالاة بين الإيجاب والقبول

(*) نقل الشيخ الأنصاريّ ﷺ اعتبارها عن خلع المبسوط وعن الشهيدين وغيرهما[1].

وقال السيّد الماجد ﷺ في المفتاح: واشترط جماعة منهم المصنّف في نهاية الإحكام والشهيد والمقداد والمحقّق الثاني أن لا يتأخّر القبول بحيث لا يعدّ جواباً[2].

ومن ذلك يظهر عدم وجود إجماع أو شهرة في المقام بحيث يكشف عن دليل تعبّديّ دالّ على اشتراطه بها؛ ولعلّ القول به في الخلع لايلازم القول به مطلقاً.

وكيف كان، فما يدلّ عليه في الجملة هو دخالتها في صدق المعاهدة، وهي واضحة في ما كان صدور الإيجاب بداعي حصول مفاده فعلاً ومع ذلك قد أخّر القابل إنشاءه ◄

---

(١) المكاسب: ج ٣ ص ١٥٧.

(٢) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٥٣٢.

بمعنى عدم الفصل الطويل بينهما بما يخرجهما عن عنوان العقد والمعاقدة*.

ولا يضّر القليل بحيث يصدق معه أنّ هذا قبول لذلك الإيجاب**.

المسألة الرابعة: يعتبر في العقد التطابق بين الإيجاب والقبول***،

◄فأنشأه في مجلس آخر، وذلك لعدم التطابق بين ما هو المقصود في البين لبّاً فلم يتحقّق المعاهدة.

وأمّا إذا تحقّقت، مثل أن أنشأ الموجب البيع في بلده بداعي أن يكتب إلى المشتري ويتروّى في الصلاح والفساد فإذا رأى الصلاح قبله وأمضاه فالظاهر عدم الدليل على بطلانه ولو فرض بناء العرف على دخالته، إذ بعد صدق العهد يشمله عموم وجوب الوفاء بالعهد.

والحاصل: أنّه لابدّ في صدق المعاهدة من كون كلّ واحد من الإنشاءين ناظراً إلى الآخر مع التطابق بين مفادهما، وأمّا اشتراط الموالاة بما هي فلا دليل عليه.

(*) قد ظهر من التعليق السابق عدم دخالة الموالاة في حصول عنوان المعاقدة، بل ما هو الدخيل فيه التطابق بين الإنشاءين ونظر كلّ واحد منهما إلى الآخر بحيث يكون المقصود حصول المفاد بالإنشاءين.

(**) وأن الإيجاب بداعي حصول المفاد بهذا القبول، فتأمّل.

اعتبار التطابق بين الإيجاب والقبول

(***) كما صرّح بذلك العلّامةﷺ في القواعد[1]. ونقل السيّد الماجدﷺ في المفتاح عن جمّ غفيرمنهم الشيخ والشهيد والمحقّق الثاني ـ قدّس أسرارهم ـ. وعلّل الاشتراط بأنّه محقّق للتراضي على المقصود بالذات من العبارات، ومع عدمه لا يعلم توافق ◄

---

(١) ج ٢ ص ١٧.

فلو اختلفا ـ بأن أوجب البائع البيع على وجه خاصّ من حيث المشتري أو المبيع أو الثمن أو توابع العقد من الشروط وقبل المشتري على وجه آخر ـ لم ينعقد، فلو قال البائع: «بعت هذا من موكّلك بكذا» فقال الوكيل: «اشتريته لنفسي» لم ينعقد. نعم، لو قال: «بعت هذا من موكّلك» فقال: الموكّل الحاضر الغير المخاطب: «قبلت» لم يبعد الصحّة*.

↵القصدين، إذ الظاهر خلافه(١).

وجه اعتباره وبعض الفروع المتعلّقة به

أقول: الوجه في الاشتراط المذكور أمران:

أحدهما: أنّه لولاه لايصدق العقد الّذي هو عبارة اُخرى عن المعاهدة، ومقتضى الوجه المذكور: عدم صحّة العقد من حيث هو بحيث لو علم التراضي من الخارج على أحد المفادين لم يصحّ، من جهة عدم حصول العقد وعدم كفاية صِرف الرضا الباطنيّ من دون الإنشاء والتعهّد من الطرفين.

ثانيهما: ما اُشير إليه فيما نقلناه من المفتاح من أنّه لم يعلم حصول طيب النفس من الطرفين على أحد المفادين، ومقتضى ذلك: عدم الخلل في العقد. فلو علم طيب نفس الطرفين بأحد المفادين صحّ من دون احتياج إلى العقد الجديد؛ فليكن الملاكان في الذكر حتّى ينفع في الفروع الآتية إن شاء الله تعالى.

(*) يمكن التأمّل فيها، من جهة أنّ وجوب الوفاء من باب تحقّق المعاهدة المتقوّمة بالعهد إلى من يتلقّى منه العهد، وهي غير متحقّقة في المقام، فإنّ من عهد إليه البائع ↙

---

(١) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٥٣٤ ـ ٥٣٥.

ولو قال: «بعتك هذا بكذا» فقال: «اشتريت لموكّلي»: فإن كان الموجب قاصداً وقوع البيع للمخاطب بما هو هو وبنفسه لم ينعقد*، وأمّا إذا كان قاصداً له أعمّ من كون أصيلاً أو كونه نائباً ووكيلاً صحّ وانعقد.

ﻫلم يتلقّ العهد منه ومن تلقّى منه العهد لم يعهد إليه البائع.

نعم، لايبعد الحكم بالصحّة لو قبل البائع بعد ذلك وقال: «لا بأس بذلك» أو «قبلت إضافة العهد إليك» كما نوضحه إن شاء الله تعالى في الفروع الآتية.

وممّا ذكرنا ظهر أنّ العقد مع الوكيل يوجب الوفاء بالعهد، من جهة حصول التعهّد مع الوكيل، فيجب على البائع دفع المال إلى الموكّل وفاءً للوكيل.

ويمكن أن يقال: إنّه فرق بين أن يكون وكيلاً في البيع الّذي هو متعلّق العهد ونتيجته أو يكون وكيلاً في العهد، ففي الأوّل يتعهّد بنفسه ولنفسه ويتلقّى العهد بنفسه ولنفسه فيجب عليه الوفاء ولو بالالتماس والاستدعاء من الموكّل، بخلاف الصورة الثانية فإنّه لاوجوب له ولا عليه، فإنّه قد تعهّد من جانب الموكّل وتلقّى العهد من صاحبه وكالةً عن الموكّل فحينئذٍ يقال بالصحّة في الثاني دون الأوّل.

(*) ولا يكتفى بالعقد المذكور، لعدم تحقّق المعاهدة، وعدمِ معلوميّة مورد التراضي. مضافاً إلى أنّ الحكم على طبق المفادين محال، وعلى طبق أحدهما لا على التعيين باطل قطعاً، وعلى طبق أحدهما المعيّن ترجيح بلا مرجّح.

لكنّ الّذي يقتضيه النظر عدم الاحتياج إلى العقد الجديد بل لكلّ واحد إصلاح المادّة المختلف فيها بداعي الوفاء بالمعاهدة كما هو الأمر في باقي المعاهدات العرفيّة، وهو الّذي أشرنا إليه في التعليق على المكاسب من جواز البيع الّذي وقع من الغاصب لنفسه إذا أجازه المالك مقروناً بالإصلاح بأن أوقع البيع الّذي وقع للغاصب لنفسه وتلقّاه المشتري بالقبول. والله أعلم.

ولو قال: «بعتك هذا بألف» فقال: «اشتريت نصفه بألف* أو بخمسمائة»** لم ينعقد،

في ما لو قال البائع «بعتك هذا بألف» فقال المشتري «اشتريت نصفه بألف»

(*) لعدم حصول التعهّد على الألف. والأولويّة لو تمّت لاقتضت القطع بحصول الرضا بالتعهّد لاحصول التعهّد بنفسه، فلا يكتفى بالعقد المذكور بالمعنى المتقدّم في التعليق السابق.

في ما لو قال المشتري في الفرض المتقدّم: «اشتريت نصفه بخمسمائة»

(**) عدم انعقاده محلّ إشكال، إذ لو كان مفاد الإيجاب ارتباطيّاً لم يكن تطابق.

لكن قد بيّنّا عدمَ الارتباط وكونَه انحلاليّاً في التعليق على المكاسب لوجوه ثلاثة تذكر ملخّصاً:

الأوّل: أنّ الارتباط منافٍ لصحّة بيع ما يملك وما لايملك بالنسبة إلى ما يملك.

الثاني: أنّ الارتباط تقييدٌ مدفوعٌ بالإطلاق.

الثالث: لزوم الدور إن كان الارتباط بتقيّدملكيّة بعض الأجزاء بملكيّة بعضها الآخر، من جهة عدم تصوير الارتباط في المقام بتقيّد ملكيّة البعض بوجود بعضها الآخر.

إلّا أن يقال: إنّ التقيّد أيضاً مورد للإنشاء فيملّك الموجب الملكيّة المقيّدة لا الملكيّة على فرض ملكيّة سائر الأجزاء.

وخلاصة الكلام: أنّه بناءً على الانحلال في مقام الإنشاء حصل التعهّد لحصول التطابق. نعم، يحتاج إلى إحراز الرضا بذلك وإلّا يكون العقد مع حصوله باطلاً بمعنى عدم الحكم بنفوذه فعلاً وتوقّفه على الرضا.

↖

◄ إلّا أن يقال: إنّ الرضا بتمليك النصف المتحقّق في ضمن الرضا بتمليك الكلّ كافٍ في الحكم بالصحّة ويجبر بالخيار كما في بيع ما يملك وما لا يملك، وذلك لأنّه بعد فرض الانحلال وصدور التمليك الانحلاليّ منه بالاختيار لا محالة يكون راضياً بذلك أي بحصول الملكيّة الانحلاليّة غير المرتبطة لكن لمّا كان الداعي على إنشاء المفاد المذكور هو ثبوتها بالنسبة إلى البعض الآخر وأنشأ ملكيّة الكلّ لحصول الداعي المذكور من دون أن يكون أصل الارتباط مورداً للإنشاء كان له الخيار، لتبعّض صفقته.

كيف؟ ولو كان تقيّد الرضا لبّاً وفي مقام الداعي على إنشاء المعاملة مورداً للاعتبار لانهدم أساس كثير من الخيارات بل أساس المعاملات؛ فالاعتبار في الرضا المعامليّ بما يختاره في مقام الإنشاء، والاعتبار في الخيار إمّا عرفيّ وإمّا دائر مدار أُمور تذكر في محلّه، فتأمّل في المقام، وتمام الكلام موكول إلى الخيارات والشروط، والله الهادي وهو الملهم الموفّق.

ثمّ إنّه لايخفى على فرض دوران صحّة المعاملة مدار الرضا بخصوص النصف فحيث إنّ الإضافة والتعهّد من الطرفين يكون حاصلين فلابدّ أن يقال بالصحّة من أوّل الأمر إذا كان الطرفان راضيين من حين العقد، وإلّا فصِرف طيب النفس اللاحق كافٍ في الصحّة ولايحتاج تنفيذ العقد إلى الإجازة، لما أُشير إليه من حصول التعهّد من الجانبين فهو من تلك الجهة يشبه البيع المكره.

ويمكن أن يقال بالصحّة والخيار أو بها مع تحقّق الرضا مقارناً أو لاحقاً مع الخيار أيضاً على الوجهين المتقدّمين في الصورة الّتي يكون الثمن الّذي تقبّله المشتري ـ وهو في الفرض خمسمائة الّذي هو نصف ثمن المجموع ـ هو الّذي يتقسّط عليه عند الانفراد أيضاً. أمّا لو كان ثمنه عند انفراد كلّ من النصفين عن الآخر أنقص أو أزيد فلا يصحّ، لعدم التطابق حتّى على ما اخترناه وأثبتناه من الانحلال.

ويظهر وجه التفصيل ممّا ذكروه في طريق التقسيط في بيع ما يملك وما لايملك، فتدبّر.

بل لو قال: «اشتريت كلّ نصف منه بخمسمائة» لا يخلو من إشكال[١]*.

ولو قال: «بعت هذين بألف» فقال: «قبلت أحدهما بخمسمائة» لم يقع[٢]**.

لو قال المشتري: اشتريت كلّ نصف منه بخمسمائة

(*) لعلّ وجه الإشكال: انحلال البيع على حسب قبول المشتري إلى بيعين فلم يحصل التطابق، لأنّ البائع أنشأ البيع الواحد الّذي يترتّب عليه أثر واحد من اللزوم والانفساخ بالخيار في المجلس أو بالعيب أو الغبن أو غير ذلك، بخلاف القابل فإنّه تقبّل مقروناً بانحلاله إلى البيعين القابلين لطروّ الفسخ على أحدهما دون الآخر فحينئذٍ يصير كالفرع السابق، وأمّا لو كان البيع واحداً حتّى بحسب إنشاء المشتري ولم يكن له أثر أصلاً من حيث الخيار وغيره ولم يكن فرق في مقام ترتّب الأثر بين أن يقبل المجموع أو يقبل كلّ نصف بالنصف من الثمن فالظاهر صحّته، لحصول التطابق بينهما، من غيرفرق بين أن يكون المقصود من النصف الواقع في متن القبول هو النصف المشاع أو النصف المفروز، لأنّ اشتراء كلّ واحد من النصف المزبور عين اشتراء الكلّ واقعاً والمفروض عدم الفرق من جهة ترتّب الآثار؛ فما عن بعض المحشّين على الكتاب[٣] ـ كان الله تعالى له ـ «من الفرق بين أن يكون المقصود هو النصف المشاع فيصحّ وبين غيره ففيه الإشكال» غير وجيه لدى الدقّة؛ مع أنّ الظاهر من كلمة «النصف» هو المشاع، فلا يكون التعليق بنحو التفصيل على ما ينبغي، والأمر فيه سهل.

والحاصل: أنّه إن كان مقتضى القبول الانحلال إلى البيعين وكان المترتّب عليه بحسب إنشائه أثرين مختلفين ففيه الإشكال ولوكان المقصود من النصف هو المشاع كما هو ظاهر لفظ النصف، وإلّا فلا يبعد الصحّة ولو كان المقصود من النصف هو المفروز. والله العالم.

(**) إن كان المراد به أحدهما غير المعيّن ففيه وجهان للبطلان، وإن كان المراد هو ←

---

(١) وسيلة النجاة: ج ٢ ص ٢١، المسألة الرابعة.

(٢) قواعد الأحكام: ج ٢ ص ١٧.

(٣) هو الإمام الخمينيّ تيُّ.

ولو قال لشخصين: «بعتكما هذا بألف» فقال أحدهما: «اشتريت نصفه بخمسمائة» لم ينعقد*، وأمّا لو قال كلّ منهما ذلك لا يبعد الصحّة**، لكنّه لايخلو من إشكال***.

↲المعيّن فقد عرفت في التعليق على «أو بخمسمائة» أنّ الأوجه هو الصحّة إن كان الثمن المعيّن هو الّذي يقع عليه عند التقسيط الصحيح، للانحلال الّذي قد مرّ تحقيقه، وإلّا فلا، لعدم حصول المعاهدة، لعدم التطابق، فليتأمّل.

لو قال البائع: «بعتكما هذا بألف» فقال أحدهما: «قبلت نصفه بخمسمائة»

(*) هو كالفرع الّذي مرّ الكلام فيه مفصّلاً في التعليق على قولهﷺ: «بخمسمائة»، إذ لا خصوصيّة فيه من جهة كون المشتري متعدّداً.

في الفرض المذكور لو قال كلّ واحد منهما ذلك

(**) لعلّ الفرق بينه وبين مامرّ تفصيله في التعليق على قولهﷺ: «لايخلو من إشكال» أنّ التفرّق في الملكيّة من حيث الانتساب إلى المشتري حاصل على كلّ تقدير، أي سواء قال كلّ منهما في الفرض: «قبلت» أو قبل البيع على النحو المفروض في المتن، فالتطابق حاصل في الفرض المذكور، لأنّه لايحصل من استقلال كلّ منهما في قبول النصف إلّا ما هو مفروض في اعتبار الموجب أيضاً.

(***) الوجه فيه على الظاهر ما تقدّم في التعليق على قولهﷺ: «لا يخلو من إشكال» إلّا أن يفرّق بين الفرعين أيضاً حتّى في فرض كون القبول على النحو المذكور مفيداً لوقوع بيعين، بأن يقال: إنّه لايكون المقصود من التفصيل في الفرع المتقدّم إلّا الاختلاف في الأثر، وهذا بخلاف الفرع الّذي نحن فيه فإنّه ربما ↖

ولو قال: «بعتك هذا بهذا على أن يكون لي الخيار ثلاثة أيّام» فقال: «اشتريت»: فإن فهم ولو من ظاهر الحال والمقام أنّه قصد شراءه على الشرط الّذي ذكره البائع صحّ وانعقد، وإن قصده مطلقاً وبلا شرط لم ينعقد*.

↲ يكون المقصود توضيح الأمر للبائع وأنّ وقوع البيع لهما بالمناصفة لا بالاشتراك بالثلث والثلثين مثلاً.

ومن هنا يتّجه أن يقال: إنّه إن كان المقصود هو التوضيح من دون نظر إلى صيرورة البيع الواحد بيعين فيحصل التطابق، وإن كان المقصود صيرورته بيعين للاستفادة من اختلاف الآثارفيأتي فيهالإشكال المتقدّم في التعليق على قولهﷺ:«لايخلو من إشكال».

لو كان عدم التطابق من جهة شرط الخيار من جانب البائع

(*) **لعدم التطابق.**

لكن قد عرفت أنّه لايبعد كفاية الإصلاح من البائع بتقبّل سقوط الشرط بداعي إنفاذ باقي متن المعاهدة وقد مرّت الإشارة إليه(١) عند التعليق على قولهﷺ: «لم ينعقد».

إن قلت: عدم انعقاده مشروطاً واضح، وأمّا عدم انعقاده مطلقاً وبلا شرط غيرواضح بناءً على كون الشرط هو الالتزام في الالتزام، فالالتزام العقديّ لايكون إلّا ظرفاً للالتزام الشرطيّ ولايقتضي التقييد، فالتطابق بين الإنشاءين بالنسبة إلى الالتزام العقديّ الّذي ليست إضافته إلى الشرط إلّا بملاك الظرفيّة حاصل كما أشار إليه السيّد اليزديّ الطباطبائيّﷺ في تعليقه الشريف على المكاسب(٢). ↖

---

(١) في ص ٢٨.

(٢) راجع حاشية المكاسب للفقيه الطباطبائيّ اليزديّﷺ: ج ٣ ص ٢٥٠.

وأمّا لو انعكس ـ بأن أوجب البائع بلا شرط وقبل المشتري معه ـ* فلا ينعقد مشروطاً قطعاً، وهل ينعقد مطلقاً وبلا شرط؟ فيه إشكال.

↲ قلت: الظاهر أنّ تفسير الشرط بما ذكر من الاشتباهات المعروفة، لوضوح عدم ترتّب أثر الشرط ـ من الخيار عند التخلّف وسراية جهالته إلى العقد كما هو المعروف ـ على صِرف الالتزام الّذي يكون الالتزام العقديّ ظرفاً له؛ فلو قال: «بعت هذا بهذا والتزمت في ظرف إنشاء البيع بكذا وكذا» فلا وجه للخيار بالنسبة إلى البيع مع أنّ قولنا: «بعت هذا على أن تخيط لي الثوب» مثلاً صريح في الارتباط الزائد على صِرف الظرفيّة الّتي مقتضاها عدم تقيّد البيع بالشرط حدوثاً وبقاءً وأنّ الشرط محتاج إلى البيع احتياج المظروف إلى ظرفه. وأمّا الوجه في عدم بطلان البيع بالتخلّف وعدم سراية فساد الشرط إلى فساد العقد فموكول إلى محلّه ويأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

لو كان عدم التطابق لشرط الخيار من جانب المشتري لنفسه أو للبائع

(*) لو كان المقصود قبول المشتري بشرط الخيار لنفسه فلا وجه للإشكال في البطلان واحتمال صحّة العقد بلا شرط فإنّه لا فرق بينه وبين عكسه المتقدّم. والظاهر أنّ المقصود صورة قبول المشتري بشرط الخيار للبائع بأن يشترط الخيار على نفسه للبائع، فيكون مرجع ضمير «معه» في الكتاب هو خصوص الشرط المذكور ـ وهو شرط الخيار للبائع ـ وإن كان خلاف سياق العبارة. وعلى هذا نقول:

أمّا الوجه في قوله ﷺ: «فلا ينعقد مشروطاً قطعاً» فلأنّ لزوم الشرط يتوقّف على وقوع التعهّد عليه من الطرفين، فالواقع من أحدهما من دون تقبّل الآخر ولو كان شرطاً منه له ليس إلّا بمنزلة الوعد الحاصل من طرف واحد، ووقوعه في ضمن أحد ↰

الإنشاءين لا أثر له بعد عدم ورود العقد عليه.

والوجه في قولهﷺ: «فيه إشكال» احتمال حصول التطابق بين الإيجاب المطلق والقبول المشروط، من جهة أنّه ليس مقتضى إطلاقه إلّا أنّ ما يملكه منحصر في المبيع وأنّ ما يتملّكه منحصر في الثمن. ووجود الخيار له على المشتري لا ينافي ما قصده من الإطلاق حتّى ينافيه.

إن قلت: معنى جعل الخيار له تمليكه فسخ العقد، وهو منافٍ لإطلاق ما قصده من الإنشاء وجعل ما يتملّكه منحصراً في الثمن، فجعل الشرط له بمنزلة القبول مع زيادة الثمن.

قلت: جعل الخيار له ليس ملازماً لكونه مالكاً له. فإنّه يجعل الخيار للأجنبيّ أيضاً مع أنّ الظاهر عدم كونه مالكاً. فإنّ حصول الملكيّة له يحتاج إلى قبوله والأصحاب لم ينبّهوا ـ على ما راجعت ـ على اشتراطه بقبوله. بل المالك للفسخ هو المشروط له. ففسخ الأجنبيّ مؤثّر بلحاظ كون المشروط له مالكاً لا بلحاظ كون الأجنبيّ مالكاً.

لكنّ الظاهر أنّ جعل الشرط ملازم للتمليك ولو بمرتبة ضعيفة شاملة للحقوق، وجعلُ الخيار للأجنبيّ متضمّن أيضاً للتمليك والتملّك. فإنّ كلّ واحد من المتعاملين يملك على الآخر ترتيب الأثر على فسخ الأجنبيّ، وحينئذٍ لابدّ هنا أيضاً من اعتبار التمليك، فجعل الخيار من طرف المشتري للبائع تمليكه له فهو بمنزلة ازدياد الثمن في متن القبول كما أُشير إليه في الإيراد. ولايمكن أن يكون البائع في المقام في اعتبار المشتري بمنزلة الأجنبيّ حتّى يكون كلّ واحد من المتعاملين مالكاً على الآخر ترتيب الأثر على فسخه، فإنّ مالكيّة المشتري لتأثير فسخ البائع الواقع باختياره لغو صِرف، فالتطابق بين الإيجاب والقبول أيضاً غير موجود في الفرض.

إلّا أن يقال: إنّ مقتضى الإطلاق في جانب الإيجاب ليس إلّا عدم تمليك شيء آخر غير المبيع وعدم تملّك شيء آخر ثمناً إلّا ما عيّنه بذلك العنوان.

لكن فيه أيضاً إشكال، فتأمّل.

المسألة الخامسة: يقوم مقام اللفظ مع التعذّر لخرس ونحوه* الإشارة المفهمة** ولو مع التمكّن من التوكيل على الأقوى، كما أنّه يقوم مقامه الكتابة مع العجز عنه وعن الإشارة، وأمّا مع القدرة عليها فالظاهر تقدّمها على الكتابة.

(*) **في الجواهر**[١] عن مفتاح الكرامة: قد طفحت عباراتهم بأنّ العاجز عن النطق لمرض وشبهه كالأخرس[٢].

قيام الإشارة والكتابة مقام اللفظ

(**) **قال** في **الجواهر**: إنّ المحكيّ عن كشف اللثام في كتاب النكاح: لو عجز أشار بما يدلّ على القصد، وهو ممّا قطع به الأصحاب[٣].

أقول: ما يستدلّ به على قيام الإشارة والكتابة مقام اللفظ في الجملة من الأخبار جملة منها:

فمنها: ماوردفي باب الصلاة فيالوسائل عنالكافي عنالسكونيّ عن أبيعبدالله عليه السلام، قال: «تلبية الأخرس وتشهّده وقراءته القرآن في الصلاة تحريك لسانه وإشارته بإصبعه»[٤].

ومنها: مارواه فيهاعنالمشايخ الثلاثة فيالصحيح والحسن ومابحكمهماعن البزنطيّ أنّه سأل أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل تكون عنده المرأة، يصمت ولايتكلّم، قال: «أخرس هو؟» قلت: نعم، ويعلم منه بغض لامرأته وكراهة لها، أيجوز أن يطلّق عنه ↖

---

(١) ج ٢٣ ص ٤٠٤.

(٢) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٥٢٥.

(٣) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٤٠٤.

(٤) وسائل الشيعة: ج ٦ ص ١٣٦ ح ١ من ب ٥٩ من أبواب القراءة في الصلاة.

وليّه؟ قال: «لا، ولكن يكتب ويشهد على ذلك» قلت: أصلحك الله، فإنّه لايكتب ولا يسمع كيف يطلّقها؟ قال: «بالّذي يعرف به من أفعاله مثل ما ذكرت من كراهته وبغضه لها»(١).

ومنها: ما عن السكونيّ قال: «طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها ويضعها على رأسها ويعتزلها»(٢).

ومنها: ما عن أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها ويضعها على رأسها ثمّ يعتزلها»(٣).

وغير ذلك من الأخبار(٤).

إذا عرفت ما ذكرناه من الأخبار وما أُشير إليه من فتاوى العلماء الأخيار فنقول:

أمّا في البيع فمقتضى القاعدة جوازه بكلّ ما يفهم عند المتعاقدين حتّى في حال الاختيار، لصدق البيع والعقد، فإنّه المعاهدة الواقعة بين الطرفين الحاصلة بإفهام كلّ واحد من الطرفين صاحبه بداعي كون ذلك سنداً له. وعدمُ التعارف غير مانع عن صدق العقد عليه المشمول لعموم وجوب الوفاء بالعقد والعهد وكون بنائهم على ترتيب الأثر عليه على تقدير التحقّق كما لايخفى.

وإن أبيت عن ذلك فالملاك هو الظهور العرفيّ بحيث يكون ما ينشأ به له ظهور ولو بواسطة القرينة الشخصيّة القائمة في المقام.

وإن أبيت عنه فالملاك هو الظهور العرفيّ النوعيّ، فلا يكتفى بالظهور الشخصيّ المنعقد في خصوص المقام ولو لغير المتعاقدين اتّفاقاً، وعليه يبتني على الظاهر ما في المتن من تقدّم الإشارة المفهمة على الكتابة.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ٢٢ ص ٤٧ ح ١ من ب ١٩ من أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٢٢ ص ٤٨ ح ٣ من ب ١٩ من أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه.

(٣) وسائل الشيعة: ج ٢٢ ص ٤٨ ح ٥ من ب ١٩ من أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه.

(٤) راجع وسائل الشيعة: ج ٢٢ ص ٤٧، الباب ١٩ من أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه.

المسألة السادسة: الأقوى وقوع البيع بالمعاطاة*،

↲ لكنّه ضعيف جدّاً، لأنّ دخالة الظهور النوعيّ المساوق لكونه ممّا يتعارف به المعاملة في صحّة البيع عرفاً ممّا ينبغي القطع بخلافه، لأنّه تعبّدٌ من العرف بشيء بلا وجود ملاك فيه. هذا كلّه في البيع.

في ما هو مقتضى الاحتياط في الطلاق حسب ما يستفاد من الأخبار

وأمّا في الطلاق الوارد فيه أكثر النصوص المتقدّم بعضها فالأحوط إن لم يكن أقوى تقدّم الكتابة كما في ما تقدّم(١) من الصحيح، ومع عدم القدرة عليه فالأحوط أن يكون بالإشارة المفهمة على ما في خبر السكونيّ المتقدّم(٢) من وضع مقنعتها على رأسها واعتزالها الّذي هو بمنزلة المعاطاة في البيع، ثمّ مطلق الإشارة المفهمة كما يدلّ عليه ذيل الصحيح المتقدّم(٣).

ثمّ لا يخفى أنّ تقدّم الكتابة على الإشارة هو مختار الحلّيّ ﴿ره﴾ على ما في الجواهر(٤)، ولزوم كون الإشارة على نحو ما ورد في الخبر المتقدّم(٥) وغيره هو الّذي حكي عن جماعة منهم الصدوقان على ما في الجواهر(٦)؛ فما ذكرناه من الاحتياط في باب الطلاق هو المستفاد من الأخبار وكلمات الأخبار غفر الله لنا ولهم.

وقوع البيع بالمعاطاة

(*) هذا ممّا حقّقه المحقّق الأنصاريّ ﴿قده﴾ في كتابه. ↖

(١) في ص ٣٦.

(٢ و ٣) في ص ٣٧.

(٤) ج ٣٣ ص ١١٢.

(٥) في ص ٣٧.

(٦) ج ٣٣ ص ١١١.

الاستدلال على صحّتها بالعشرة الكاملة

ويلخّص ما يدلّ عليه في أُمور:

الأوّل: صدق البيع عليه، فيدلّ عليه قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ (١).

الثاني: قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَنفُسَكُمْ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ (٢).

الثالث: قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلْأَنْعَـٰمِ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّى ٱلصَّيْدِ وَأَنتُمْ حُرُمٌ إِنَّ ٱللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ﴾ (٣).

الرابع: قوله عزّ من قائل: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ وَأَوْفُوا۟ بِٱلْعَهْدِ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا﴾ (٤).

الخامس: قوله عزّ من قائل: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَـٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا * وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَـٰقًا غَلِيظًا﴾ (٥).

فإنّ ذيل الآية ظاهر في أنّ الميثاق الغليظ هو الملاك لعدم جواز الرجوع، لا وقوع اللفظ على الميثاق المذكور. ودعوى «عدم صدق الميثاق على الواقع بغير اللفظ أو الكتابة» غير مسموعة، فإنّ اللفظ ليس عند العرف إلّا طريقاً إلى إبراز ما في الضمائر من التعهّدات، فلو وقع التعهّد المذكور بضرب كلّ واحد يده على يد صاحبه مثلاً لَصَدَق الميثاق الغليظ، بل لعلّ الآية الشريفة تشمل الهبات الواقعة من الزوج للزوجة ويحكم بعدم جواز الأخذ منهنّ بعد الإيتاء، فتأمّل.

السادس: ما في البحار عن عوالي اللآلئ عن النبيّ ﷺ: «إنّ الناس مسلّطون على أموالهم» (٦).

---

(١) سورة البقرة: ٢٧٥.
(٢) سورة النساء: ٢٩.
(٣) سورة المائدة: ١.
(٤) سورة الإسراء: ٣٤.
(٥) سورة النساء: ٢٠ ـ ٢١.
(٦) بحارالأنوار: ج ٢ ص ٢٧٢ ح ٧.

◄ السابع: وضوح قيام السيرة من المتشرّعة على ترتيب الأثر على بيع المعاطاة.

وحجّيّتها تتوقّف على أمرين:

أحدهما: كونها مستمرّةً ومتحقّقةً في صدر التشريع.

ثانيهما: عدم الردع عنها.

وكلا الأمرين واضحان:

أمّا الأوّل فلوضوح أنّه ليست المعاطاة وتداولها بين الناس لجهة عارضة، بل هي من أجل عدم احتياج المتعاملين بعد وضوح المقصود إلى أزيد من الأخذ والإعطاء، فلا حاجة لتجشّم إجراء الصيغة من دون فائدة، إذ الألفاظ عندهم ليست إلّا لإفادة المعاني، وبعد وضوح المقصود وحصول المراد بالتعاطي اللازم على كلّ حال فلا وجه عندهم للزوم التلفّظ بالألفاظ المخصوصة بقصد حصول المفاد. وربما يستفاد ذلك من بعض العبائر، كالمنقول في التذكرة عن مالك على ما حكى عنها في المكاسب(١)، قال: وقال أحمد: ينعقد مطلقاً. ونحوه قال مالك، فإنّه قال: ينعقد بما يعتقده الناس بيعاً.

وأمّا الثاني فلأنّه لو كان ردعٌ منه جلّ وعلا لبان وكان كالشمس في رابعة النهار، فإنّها ليست من الأمور الاتّفاقيّة الّتي قد تتّفق لبعض الأفراد نادراً، بل هي مورد لابتلاء نوع الناس في كلّ يومٍ مرّات، وهي أكثر ابتلاءً من الطلاق والنكاح اللّذين تحقّق عند المتشرّعة احتياجهما إلى الألفاظ المخصوصة.

وممّا يشير إلى عدم تعارف اللفظ في البيوع في زمان صدور الروايات عدم سؤال الرواة عن كيفيّة بيع الأخرس مع سؤالهم عن كيفيّة طلاق الأخرس ولم يبيّن أحد من مصادر التشريع كيفيّة ذلك مع بيانهم لكيفيّة طلاقه، وليس ذلك إلّا لوضوح الأمر وأنّه غير محتاج إلى السؤال، وذلك لعدم الفرق بين بيع الأخرس وغيره نوعاً في حصوله بالتعاطي. هذا.

مع أنّه لو لم يكن التعاطي بيعاً صحيحاً عند الشرع وإنّما كان مفيداً للإباحة لم يكن ◄

---

(١) ج ٣ ص ٣١.

↙ وجه لحرمة المعاطاة الربويّة ولكانت جائزة، ولا أظنّ أن يلتزم بذلك فقيه.

الثامن: سيرة العقلاء وبناؤهم على ترتيب أثر البيع وحصول الملكيّة في تلك العصور الموجب لتحقّق الملكيّة حقيقةً، إذ لا حقيقة لها إلّا اعتبار العرف، فالملكيّة العرفيّة موجودة حقيقةً، والبيع العرفيّ الحقيقيّ موجود بالوجدان فيترتّب عليه جميع آثار البيع من الشرعيّة والعرفيّة، ويرتّب على العوضين جميع آثار ملكيّة الشيء حقيقةً. والفرق بينه وبين سابقه عدم احتياج ذلك إلى إثبات الاستمرار ولا إلى إثبات عدم الردع ليكشف به الإمضاء، فتأمّل.

التاسع: حسن حفص بن البختريّ بإبراهيم عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «الصلح جائز بين الناس»(١).

وروى في الوسائل عن الفقيه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «والصلح جائز بين المسلمين إلّا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً»(٢).

فإنّ الظاهر منهما خصوصاً الثاني منهما أنّه عليه السلام بصدد إعطاء قاعدة كلّيّة لتنفيذ جميع ما يتسالم عليه الطرفان، سواء كان بعنوان الصلح أو لم يكن بالعنوان المذكور ولكن صدق عليه الصلح بالحمل الشائع، بل يدلّ على تنفيذ تصالح كلّ من صاحبي الحقّ على إيجاد المعاملة بسبب خاصّ لايكون معروفاً عند غيرهما.

العاشر: ما يستفاد من بعض الأخبار الواردة في بيان جهات أُخرى من ظهور وقوع المعاملة المفروضة بالتعاطي:

مثل خبر عبدالأعلى بن أعين، قال: نبّئت عن أبي جعفر عليه السلام أنّه «كره بيعين: إطرح وخذ من غير تقليب، وشراء ما لم تر»(٣).

فإنّه ظاهر في فرض حصول المعاملة بالأخذ والطرح فكرهه عليه السلام من غير تقليب ↖

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٤٤٣ ح ١ من ب ٣ من أبواب كتاب الصلح.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٤٤٣ ح ٢ من ب ٣ من أبواب كتاب الصلح.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٣٣ ح ١ من ب ١٨ من أبواب الخيار.

الدالّ على جوازه مع التقليب.

وصحيح الحلبيّ، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون لي عليه دنانير، فقال: «لابأس بأن يأخذ بثمنها دراهم»[١].

فإنّ الحمل على وقوع المبادلة اللفظيّة أوّلاً بين الدراهم والدنانير ثمّ أخذ الدراهم بعيدٌ جدّاً، بل الظاهر منه حصول التبديل بنفس الأخذ، فإنّ جواز الأخذ بعد التبديل الصحيح ضروريّ غير محتاج إلى أن يبيّن بحكمه، فتأمّل.

وصحيح الحلبيّ قال: سُئل أبو عبدالله عليه السلام عن رجل أسلم دراهم في خمس مخاتيم من حنطة أو شعير إلى أجل مسمّى ـ إلى أن قال: ـ فقال: «لا بأس ...»[٢].

فإنّ كلمة «أسلم» ظاهرة في حصول البيع بنفس إعطاء الثمن قبل المثمن.

إلى غير ذلك فراجع وتأمّل.

ثمّ لايخفى أنّ بعض ما ذكر من الأدلّة وإن لم يخل عن الخلل كآيتي ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ و ﴿تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ﴾ و آية ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ على ما بيّنّاه في التعليق وكذا حديث «إنّ الناس مسلّطون ...» لضعف السند وعدم ثبوت الانجبار إلّا أنّ في الباقي كفاية ودلالة تامّة على صحّة بيع المعاطاة بحيث يجعلها من الواضحات.

ما يتوهّم كونه مانعاً عن صحّتها

وما يتوهّم كونه مانعاً عن الحكم بالصحّة يلخّص في اُمور:

الأوّل: ماورد من نهي الرسول صلى الله عليه وآله عن البيع بالأفعال، وهو الّذي أشار إليه ابن زهرة قدس سره في الغنية في المنقول من كلامه، قال: ولما ذكرنا نهى صلى الله عليه وآله عن بيع المنابذة، والملامسة، وعن بيع الحصاة على التأويل الآخر[٣].

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٧٢ ح ١ من ب ٣ من أبواب الصرف.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٩٥ ح ٢ من ب ٦ من أبواب السلف.

(٣) نقله في المكاسب: ج ٣ ص ٢٩ عن غنية النزوع: ص ٢١٤.

↙ **أقول**: روى في الوسائل عن معاني الأخبار عن محمّد بن هارون الزنجانيّ عن عليّ ابن عبد العزيز عن القاسم بن سلام بإسناد متّصل إلى النبيّ صلى الله عليه وآله أنّه «نهى عن المنابذة والملامسة وبيع الحصاة»[1].

المنابذة يقال: إنّها أن يقول الرجل لصاحبه: «انبذ إليّ الثوب أو غيره من المتاع، أو أنبذه إليك وقد وجب البيع بكذا وكذا».

ويقال: إنّما هو أن يقول الرجل: «إذا نبذت الحصاة فقد وجب البيع» وهو معنى قوله: إنّه نهى عن بيع الحصاة.

والملامسة أن تقول: «إذا لمست ثوبي أو لمست ثوبك فقد وجب البيع بكذا وكذا».

ويقال: بل هو أن يلمس المتاع من وراء الثوب ولا ينظر إليه فيقع البيع على ذلك.

وهذه بيوع كان أهل الجاهليّة يتبايعونهافنهى رسول الله صلى الله عليه وآله عنها، لأنّها غرر كلّها[2].

وفيه **أوّلاً**: أنّه ضعيف السند، لأنّه مضافاً إلى الإرسال يكون رجاله إمّا ضعيفاً أو مجهولاً.

وثانياً: لايكون المنهيّ عنه بالضرورة تلك الأُمور المذكورة بعناوينها فيكون كلّ ما يصدق عليه المنابذة أو الملامسة حراماً، بل العناوين المذكورة إشارات إلى بيوع كانت معمولة في الخارج ولعلّها كانت غرريّة كما أشار إليه الصدوق رحمه الله في ما نقلناه عنه في ذيل الحديث. وقد جزم بذلك أيضاً في بداية المجتهد[3] وذكر البيوع المذكورة في باب المنهيّ عنه لأجل الغرر والغبن.

وثالثاً: على فرض كون المنهيّ عنه وقوع البيع بالأُمور المذكورة من جهة كونها كذلك لا من جهة الغرور والغرر فلا يدلّ على المطلوب، إذ النهي راجع إلى أفعال خاصّة مجعولة لإيقاع المعاملة بها من غير دلالة عليه بحسب الظهور النوعيّ، بل ↖

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٥٨ ح ١٣ من ب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه عن معاني الأخبار: ص ٢٧٨.

(٢) معاني الأخبار: ص ٢٧٨، وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٥٨.

(٣) ج ٤ ص ٥٣٦ ـ ٥٣٧.

◄ توجيه النهي إلى خصوص الأُمور المذكورة مع القطع بتداول المعاطاة تداولاً كثيراً لا يقاس بغيرها مشعرٌ بل دليل على صحّة المعاطاة.

الثاني: مادلّ على حصر المحلّل والمحرّم أو المحرّم بالكلام:

كالصحيح عن ابن أبي عمير عن يحيى بن الحجّاج عن خالد بن الحجّاج (بن نَجيح خ ل)، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل يجيء فيقول: «اشتر هذا الثوب وأربحك كذا وكذا» قال: «أليس إن شاء ترك وإن شاء أخذ؟» قلت: بلى، قال: «لا بأس به إنّما يحلّ الكلام ويحرّم الكلام»[1].

أقول: ذكره في الوافي[2] كما ذكر مع اختلاف يسير في المتن غير مغيّر للمعنى المقصود بالأصالة إلّا أنّه نقله عن الكافي والتهذيب عن يحيى بن الحجّاج عن خالد بن الحجّاج.

وحسن الحلبيّ قال: سئل أبو عبدالله عليه السلام عن الرجل يزرع الأرض فيشترط للبذر ثلثاً وللبقر ثلثاً، قال: «لاينبغي أن يسمّي شيئاً، فإنّما يحرّم الكلام»[3].

وقريب منه خبرا سليمان بن خالد[4] وأبي الربيع الشاميّ[5] عنه عليه الصلاة والسلام.

تقريب الاستدلال بها على البطلان أن يقال: إنّ مفادها أنّ غير الكلام لا يتّصف بالصحّة والفساد وأنّ ما يمكن أن يحكم عليه شرعاً بأنّه محلّل أو محرّم هو الكلام، فكون المقصود الأصليّ من فعل أو قول غير دالّ على البيع هو البيع لايقتضي الحكم بحصول البيع، كما أنّ مقارنة معاملة بقصد محرّم كالبيع المقصود به حصول محرّم بأن يقصد المشتري من الاشتراء صَرف المبيع في أمر محرّم ويعلم البائع بذلك لايجعل ►

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٥٠ ح ٤ من ب ٨ من أبواب أحكام العقود.

(٢) ج ١٨ ص ٧٠٠ ح ٧.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ٤١ ح ٤ من ب ٨ من أبواب المزارعة والمساقاة.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ٤١ ح ٦ من ب ٨ من أبواب المزارعة والمساقاة.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ٤٣ ح ١٠ من ب ٨ من أبواب المزارعة والمساقاة.

↲ المعاملة مورداً للحكم بالتحريم، وكذا الشرط الفاسد أو الزيادة في البيع أو القرض.

فالأخبار المذكورة تدلّ على أنّ المعاطاة أدون من البيع اللفظيّ الفاسد، لأنّه قابل للاتّصاف بالصحّة والفساد والتحليل والتحريم ولكن يحكم عليه بالفساد، والمعاطاة خارجة عن المقسم فلا تكون بيعاً.

والجواب أنّه ليس الكلام المزبور ظاهراً في أنّ موضوع التحليل والتحريم هو الكلام بما هو لفظ مشتمل على المعنى.

وذلك لوجوه لعلّ مجموعها موجب للقطع أو الاطمينان بعدم الظهور؛ مع أنّه يكفي في السقوط عن الاستدلال الشكّ في الظهور:

فمنها: أنّ مورده ليس ممّا يكون خلله خلوّه عن اللفظ، بل الخلل المتحقّق فيه الموجب لعدم وقوع البيع قبل الشراء من صاحبه المستلزم للحكم بعدم البأس هو عدم إنشاء المعاملة البيعيّة، فاللفظ مفروض الوجود لكنّه ليس المقصود إلّا بعث الواسطة على الاشتراء للشراء منه بعد ذلك. نعم، لو كان المفروض وقوع الإنشاء بحيث كان مصداقاً عرفيّاً لوقوع البيع لكن كان خالياً عن اللفظ بأن وقع بالمعاطاة أو بالكتابة أو بالإشارة كان المقصود من الكلام المذكور ما ذكر في وجه الاستدلال.

ومنها: أنّ القول والكلام لا يعتبر بحسب الارتكاز العرفيّ إلّا طريقاً إلى الإفادة والاستفادة، فحيث تفوّه به فلا يقصد نوعاً إلّا مفاده من دون خصوصيّة للكلام إلّا مع قيام القرينة على ذلك، كما هو واضح في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولُواْ ثَلَـٰثَةٌ ٱنتَهُواْ﴾ (١) وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولُواْ لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ ٱلْكَذِبَ هَـٰذَا حَلَـٰلٌ وَهَـٰذَا حَرَامٌ﴾ (٢).

فالظاهر أنّ المقصود بالكلام إظهار مفاد المعاملة الّذي هو الإنشاء وإيجاد المطلوب.

ومنها: قوله عليه السلام: «أليس إن شاء ...» الظاهر في أنّه لو كان عنوان البيع صادقاً بحسب بناء المتعاملين وارتكازهما لكان موضوع التحريم موجوداً.

ومنها: ظهورسياق التعليل في كونه على طبق ارتكاز العرف، وماهو المنطبق على ↰

---

(١) سورة النساء: ١٧١.

(٢) سورة النحل: ١١٦.

ارتكازهم هو خروج المقاصد النفسانيّة الخارجة عن دائرة الإنشاء المظهر عن موضوع الصحّة والفساد والتحريم والتحليل لا دخالة اللفظ في ذلك.

ومنها: إشعار قولهعليه السلام: «أليس إن شاء ترك وإن شاء أخذ» ـ على ما في الوسائل ـ بكفاية صِرف الأخذ في الاشتراء؛ إلّا أن يكون الأخذ كناية عن الاشتراء، لكنّه ليس كذلك، لعدم صلاحيّة انطباقه بهذا المعنى على المفهوم وهو أنّه ليس ملزماً بالأخذ من باب حصول الشراء قبلاً، فتأمّل.

والّذي يوضح ذلك ـ مضافاً إلى ما تقدّم ـ وقوع التعليل لعدم البأس في بعض الروايات الأُخرى الواردة في المسألة بما هو خالٍ عن اعتبار الكلام:

كصحيح منصور بن حازم عن أبي عبداللهعليه السلام ـ الوارد في الباب المشار إليه ـ في رجل أمر رجلاً يشتري له متاعاً فيشتريه منه، قال: «لابأس بذلك إنّما البيع بعد ما يشتريه»[١].

وصحيح محمّد بن مسلم عن أبي جعفرعليه السلام، قال: سألته عن رجل أتاه رجل فقال: ابتع لي متاعاً لعلّي أشتريه منك بنقد أو نسيئة، فابتاعه الرجل من أجله، قال: «ليس به بأس إنّما يشتريه منه بعد ما يملكه»[٢].

إلى غير ذلك من الأخبار الّتي يظهر منها أنّ تمام الكلام في الحكم بعدم البأس عدم وقوع البيع قبلاً[٣]، لا عدم وقوع خصوص البيع الكلاميّ، فراجع وتأمّل.

الثالث: بعض الأخبار الواردة في الموارد الخاصّة الدالّة على وقوع المعاملة باللفظ وفي بعضها الأمر بذلك:

فمنه خبر يحيى بن الحجّاج، قال: سألت أبا عبداللهعليه السلام عن رجل قال لي: اشتر هذا الثوب وهذه الدابّة، وبعينها أربحك فيها كذا وكذا، قال: «لابأس بذلك، اشترها

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٥٠ ح ٦ من ب ٨ من أبواب أحكام العقود.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٥١ ح ٨ من ب ٨ من أبواب أحكام العقود.

(٣) راجع وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٤٨، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود.

ولا تواجبه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها»(١).

أقول: في الوافي(٢) نقل لفظ «بعنيها» بتقديم النون على الياء، وهو أقرب.

وتقريب الدلالة ما أشار إليه الشيخ الأنصاريّ من أنّ المواجبة ظاهرة في الإنشاء اللفظيّ(٣).

ولايخفى أنّ المادّة المذكورة إن كانت ظاهرة في ما ذكر فلاريب أنّ الترديد بينها وبين الاشتراء في الذيل بقوله: «قبل أن تستوجبها أو تشتريها» ظاهر أو مشعر بأنّ المراد بالثاني مطلق الاشتراء ولو بغير اللفظ.

ومنه: صحيح العلاء، قال: قلت لأبي عبدالله: الرجل يبيع البيع فيقول: أبيعك بده دوازده أو ده يازده؟ فقال: «لا بأس إنّما هذه المراوضة، فإذا جمع البيع جعله جملة واحدة»(٤).

وفيه: ما لايخفى من ضعف دلالته على لزوم اللفظ، فإنّ جعل الثمن شيئاً معيّناً يصدق على تبيّنه وجعله جملة واحدة قبل البيع وإيقاع البيع على ذلك ولو بنحو المعاطاة.

ومنه: صحيح ابن سنان عن أبي عبدالله، قال: «لابأس بأن تبيع الرجل المتاع ليس عندك تساومه، ثمّ تشتري له نحو الّذي طلب، ثمّ توجبه على نفسك، ثمّ تبيعه منه بعد»(٥).

ولعلّ وجه الاستشهاد به اشتماله على كلمة «ثمّ توجبه» الظاهرة في الإيجاب اللفظيّ. وليت شعري أنّه بعد فرض الاشتراء كيف؟! يمكن أن يكون المراد من الكلمة المذكورة هو إيجاب البيع؛ فلعلّ الظاهر هو الإلزام بإسقاط الخيارات حتّى لايقع

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٥٢ ح ١٣ من ب ٨ من أبواب أحكام العقود.

(٢) ج ٣ من الطبعة الحجريّة ح ٩ من باب بيع المرابحة من أبواب أحكام التجارة وشروط البيع والربا.

(٣) المكاسب: ج ٣ ص ٦٥.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٦٣ ح ٥ من ب ١٤ من أبواب أحكام العقود.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٤٨ ح ١ من ب ٨ من أبواب أحكام العقود.

المشتري في الحرج على تقدير حصول الفسخ من البائع.

إلّا أن يكون المنظور هو حمل «ثمّ تشتري له» على طلب الشراء، وهو بعيد.

وكيف كان، فعدم دلالته على لزوم اللفظ واضح. وما ذكرناه من الأخبار المتقدّمة كلّها ممّا أشار إليه الشيخ المحقّق الأنصاريّ(١).

وفي المقام روايات مشعرة بذلك ربما كان بعضها أقوى إشعاراً من الأخبار المتقدّمة:

فمنه: خبر حَنان بن سَدِير، قال: كنت عند أبي عبدالله عليه السلام فقال له جعفر بن حنان: ما تقول في العينة في رجل يبايع رجلاً فيقول: أُبايعك بده دوازده، وبده يازده؟ فقال أبوعبدالله عليه السلام: «هذا فاسد ولكن يقول: أربح عليك في جميع الدراهم كذا وكذا، ويساومه على هذا فليس به بأس ...»(٢).

ودلالة الحديث على أنّ المفروض وقوع المعاملة باللفظ لعلّها واضحة، إذ لاوجه للحكم بالفساد إلّا على فرض وقوع المعاملة بالقول المذكور، فقوله عليه السلام: «ولكن يقول» ظاهر في أنّه يقول بدلاً عنه: «أربح عليك ...» وظاهره لزوم القول.

ولكن فيه ما لايخفى، إذ وقوع المعاملة بلفظ «أربح عليك ...» غير واضح، فالمقصود من النهي عن القول المذكور في الصدر والإرشاد إلى ما ذكره في الذيل ليس على الظاهر إلّا لبيان ما يجب أن يقع المعاملة عليه، فلا يقول: «أُبايعك بده دوازده» حتّى يقع البيع على ذلك، بل يقول: «أربح عليك في جميع الدراهم كذا وكذا» حتّى يقع البيع عليه. هذا.

مضافاً إلى أنّ الأمر بالقول المذكور في المقام لعلّه من باب عدم تعيّن الثمن إلّا بذلك نوعاً، فالقول المذكور لإيضاح الخصوصيّة اللازمة في الثمن من كونه متعيّناً بالميزان الّذي يعدّ به الأثمان لا بالنسبة المشار إليها في الصدر.

ومنه خبر رفاعة، قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام قلت له: أيصلح لي أن أشتري

---

(١) راجع المكاسب: ج ٣ ص ٦٥.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٦٣ ح ٣ من ب ١٤ من أبواب أحكام العقود.

◄من القوم الجارية الآبقة وأُعطيهم الثمن وأطلبها أنا؟ قال: «لا يصلح شراؤها إلّا أن تشتري منهم معها ثوباً أو متاعاً، فتقول لهم: أشتري منكم جاريتكم فلانة وهذا المتاع بكذا وكذا درهماً فإنّ ذلك جائز»(١).

ومثله خبر سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يشتري العبد وهو آبق عن أهله، قال: «لا يصلح إلّا أن يشتري معه شيئاً آخر، ويقول: أشتري منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا، فإن لم يقدر على العبد كان الّذي نقده في ما اشترى منه»(٢).

وجه الاستشهاد: قوله عليه السلام: «فتقول ...» في الأوّل و«يقول ...» في الثاني.

لكن مقتضى التأمّل فيهما: عدم الإشعار فضلاً عن الدلالة، فإنّ أساس الحكم فيهما هو عدم جواز اشتراء الآبق منفرداً وجوازه مع ضمّ شيء آخر، وقوله عليه السلام: «فتقول» أو «ويقول» متفرّع عليه فيكون ظاهراً في أنّ الأمر بذلك لتحقّق مصداق شراء الآبق مع الضميمة. والتعبير بالقول لعلّه لنكتة أنّ مثل تلك الخصوصيّات لايكون مدلولاً للمعاطاة الصِرف مع أنّ المقصود الأصليّ بالبيع ليس موجوداً والتعاطي بالثمن ليس معمولاً.

ومن بعض ما ذكر يظهر الجواب عن خبر زكريّا عن رجل عن أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام في شراء الأجمة ليس فيها قصب إنّما هي ماء، قال: «يصيد كفّاً من سمك تقول: أشتري منك هذا السمك وما في هذه الأجمة بكذا وكذا»(٣).

وكذا عمّا ورد في بيع المصحف وشرائه:

كخبر عبدالرحمان بن سيابة عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سمعته يقول: «إنّ المصاحف لن تشترىٰ، فإذا اشتريت فقل: إنّما أشتري منك الورق وما فيه من الأديم وحليته وما فيه من عمل يدك بكذا وكذا»(٤). ►

(١ و٢) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٥٣ ح ١ و٢ من ب ١١ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٥٥ ح ٦ من ب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ١٥٨ ح ١ من ب ٣١ من أبواب ما يكتسب به.

ومثله غيره الوارد في الباب المذكور[١].

وخلاصة الجواب عن مثل ذلك أنّ الحكم المقصود أصالةً بيانه في مثل تلك الأخبار هو الإرشاد إلى مراعاة خصوصيّة خارجة عن طبع المعاملة المنصرف عنها إطلاقها حتّى تصحّ بتلك، وما أُشير إليه من القول المخصوص متفرّع على ذلك، والنكتة في خصوص القول ما مضى من أنّ إظهار تلك الخصوصيّات الخارجة عن طبع المعاملة لايحصل بالمعاطاة فهي كالشروط الخاصّة الّتي تذكر في العقود.

وهنا أخبار أُخرى يظهر طريق التخلّص عن الشبهة الحاصلة بها ممّا ذكرناه فلا داعي إلى ذكرها.

الرابع: الإجماعات المنقولة الّتي بعضها دالّ على انعقاده على عدم الصحّة وبعضها دالّ على انعقاده على عدم اللزوم:

ففي مفتاح الكرامة عن الغنية: إنّها ليست ببيع وإنّما هي إباحة للتصرّف يدلّ عليه الإجماع المشار إليه، وأيضاً فما اعتبرناه مجمع على صحّة العقد به وليس على صحّته بما عداه دليل، ولما ذكرناه نهى النبيّ صلى الله عليه وآله عن بيع الملامسة والمنابذة وثمن بيع الحصاة[٢]. وفيه عن ظاهر قواعد الشهيد: الإجماع على أنّها لاتفيد الملك[٣]. وفيه أيضاً عن الشهيد رحمه الله: في الروضة والمسالك إطباقهم على أنّها ليست بيعاً حال وقوعها[٤].

وقال الشيخ المحقّق الأنصاريّ: الظاهر في ما نحن فيه قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاة، بل ادّعاه صريحاً بعض الأساطين في شرح القواعد، ويعضده الشهرة المحقّقة، بل لم يوجد به قائل إلى زمان بعض متأخّري المتأخّرين[٥].

والجواب أنّها موهونة بأُمور:

الأوّل: قول العلّامة في محكيّ التذكرة: أنّ الأشهر عندنا أنّه لابدّ من الصيغة، وقوله

---

(١) راجع وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ١٥٨، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به.

(٢ و٣ و٤) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٤٩٩.

(٥) المكاسب: ج ٣ ص ٥٦.

في محكيّ المختلف: أنّه مذهب الأكثر، وعن المفاتيح أنّه المشهور، وعن تعليق الإرشاد أنّ الأظهر بين عامّة المتأخّرين من الأصحاب أنّ المعاطاة تفيد الإباحة، وعن الكفاية أنّ المشهور أنّها تفيد إباحة التصرّف[١].

الثاني: نسبة الدروس والمسالك إلى ظاهر كلام المفيد كفاية الدالّ على الرضا بحصول البيع كما في مفتاح الكرامة[٢]. وحكى عن الكفاية أنّ قول المفيد غير بعيد، وهو خيرة مجمع البرهان والمفاتيح، ونقله في الحدائق عن الشيخ سليمان البحرانيّ[٣].

الثالث: أنّ الإجماع المدّعى في الغنية الّذي لعلّه الأصل لسائر الإجماعات المنقولة غير واضح الانعقاد على عدم كفاية المعاطاة، بل لا يبعد أن يكون المدّعى انعقاده على لزوم الإيجاب والقبول في البيع.

قال في الغنية: واعتبرنا حصول الإيجاب من البائع والقبول من المشتري تحرّزاً عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري والإيجاب من البائع ـ إلى أن قال: ـ واحترازاً أيضاً عن القول بانعقاده بالمعاطاة ـ إلى أن قال: ـ يدلّ على ما قلناه الإجماع المشار إليه[٤].

فإنّه من المحتمل لو لم يكن المظنون كون الإجماع منعقداً على اعتبار الإيجاب والقبول، وماذكره من فرعي الاستيجاب والإيجاب والمعاطاة متفرّع على الكلّيّ المدّعى في الصدر.

الرابع: أنّ مقتضى العبارة المحكيّة[٥] عن الشيخ في الخلاف في مقام الاستدلال على عدم إفادتها الملكيّة قوله: «دليلنا أنّ العقد حكم شرعيّ، ولا دلالة في الشرع على وجوده هنا، فيجب أن لا يثبت، وأمّا الإباحة بذلك فهو مجمع عليه» وكذا مقتضى استدلال العلّامة بأصالة بقاء الملك على ما حكي عن التذكرة[٦]: عدم وجود الإجماع

(١) راجع مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٥٠٠.
(٢) ج ١٢ ص ٥٠٤.
(٣) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٥٠٥.
(٤) غنية النزوع: ص ٢١٤.
(٥) في المكاسب: ج ٣ ص ٢٧.
(٦) حكاه في المكاسب: ج ٣ ص ٣١.

سواء كان في الحقير أو الخطير*، وهي عبارة عن تسليم العين بقصد كونها ملكاً للغير بالعوض وتسليم عين أُخرى من آخر بعنوان العوضيّة**.

↵وعدم دليل آخر، وإلّا فلا وجه لاستناد البطلان إلى عدم الدليل كما هو واضح.

الخامس: الاستناد إلى الوجوه الّتي ثبت ضعفها: كالاستناد إلى ماروي عن النبيّ صلى الله عليه وآله من النهي عن المنابذة و... ، وقد تقدّم[1] كما في كلام صاحب الغنية، والاستناد إلى عدم الدليل، والأصل، وقصور الأفعال عن الدلالة على المقاصد كما في كلام الشيخ[2] وابن زهرة[3] والعلّامة[4] ـ قدّس أسرارهم ـ . ومن الواضح أنّه لو كان في البين دليل صحيح صريح عن الحجّة عليه السلام لذكروه؛ فحينئذٍ لو سلّم تحقّق الإجماع حقيقة على عدم صحّتها أو عدم لزومها فيقطع أو يظنّ بعدم وجود دليل معتبر في البين غير ما بأيدينا، فصحّة المعاطاة بل لزومها عندي بحمد الله تعالى كاد أن يكون واضحاً. والله العالم بحقائق الأمور.

عدم الفرق بين الحقير والخطير

(*) **خلافاً لما نقله الشيخ** قدس سره في محكيّ الخلاف عن أبي حنيفة من التفصيل بين المحقّرات وغيرها[5].

بيان الموضوع للمسألة

(**) **أي بعنوان** حصول العوضيّة بهذا الإعطاء لا للأعمّ منه ومن قصدها بعنوان حصولها سابقاً بالإعطاء والأخذ الإيجابيّ، فإنّ مفروض الكلام وقوع البيع بالمعاطاة↵

---

(١) في ص ٤٢. (٢ و٣ و٤) راجع المكاسب: ج ٣ ص ٢٧ و٢٩ و٣١.

(٥) المكاسب: ج ٣ ص ٢٧.

والظاهر تحقّقها بمجرّد تسليم المبيع بقصد التمليك بالعوض مع قصد المشتري في أخذه التملّك بالعوض، فيجوز جعل الثمن كلّيّاً في ذمّة المشتري*، وفي تحقّقها بتسليم العوض فقط من المشتري إشكال**.

الّتي هي الإعطاءان؛ فعلى فرض كون المعاطاة ما ذكر فلو قصد المشتري من أخذه قبول ما أنشأه المعطي الأوّل ثمّ سلّم العين بعنوان كونه متّصفاً بالعوضيّة من حين الإعطاء والأخذ الأوّلين من باب الوفاء ففي الاكتفاء به إشكال.

(*) **لقيام** سيرة المتشرّعة على إيقاع البيع المعاطاتيّ نسيئة كما هو واضح. ولا يقدح بعد ذلك توهّم عدم صدق عنوان المعاطاة الّتي تكون مورد كلام الأصحاب كما لا يخفى.

الإشكال في تحقّقها بصِرف تسليم العوض

(**) **لعلّ وجه الإشكال** عدم الاطمينان بتحقّق السيرة العقلائيّة على ذلك فلا ظهور له عرفاً في إنشاء البيع، فهو كالإنشاء بالألفاظ غير الظاهرة عند العرف.

وفيه منع؛ مع أنّك قد عرفت كفاية الظهور لدى المتعاملين.

ويمكن أن يفصّل بين أن يكون المنشأ بذلك عنوان القبول فلا يتحقّق، بناءً على عدم جواز تقديم القبول على الإيجاب إذا كان المنشأ عنوان القبول، وبين أن يكون المنشأ هو التمليك بعنوان العوضيّة وتملّك المبيع بعنوان المعوّضيّة فيصحّ.

ويمكن أن يقال بالصحّة مطلقاً ولو قيل بعدم جواز تقديم القبول على الإيجاب بعنوان القبول، لأنّ الأخذ والإعطاء واقعان في زمان واحد، ففي زمان القبول مفاد الإيجاب أيضاً موجود.

وكيف كان، فالأمر سهل، لما مرّ سابقاً من جواز تقديم القبول على الإيجاب مطلقاً، فالأقرب بحسب القواعد الصحّة.

◄ وربما يدلّ عليه بالخصوص صحيح الحلبيّ المتقدّم[١]. فإنّ ملاك صدق قوله: «أسلم ...» هو الإعطاء، فإجراء الصيغة وعدمه بالنسبة إلى صدق اللفظ المذكور سيّان. فتأمّل.

حكم إيقاع البيع بمثل إمضاء الدفاتر والأسناد

ثمّ إنّه لايبعد حصول البيع عرفاً بكلّ ما هو متعارف في مقام إيجاد المعاملة ولو لم يكن من قبيل الإعطاء والأخذ، كإمضاء الأسناد والدفاتر الرسميّة المعمولة في عصرنا، فإنّ وقوع ذلك مقروناً بإعراض كلّ واحد من المتعاملين عن ماله وتحويله إلى الآخر وجعله تحت اختياره بعوض معيّن بيعٌ عرفاً وإن لم تحصل المعاطاة ولا الإعطاء كما في مبادلة الأرضين والبساتين وغيرهما من الأموال غير القابلة لوقوع الأخذ والإعطاء عليها، وذلك لصدق البيع عليه عرفاً.

حكم إعطاء بعض العوضين بعنوان إيقاع البيع على المجموع

كما أنّه لو أُعطي بعض العوضين بعنوان وقوع المعاملة على الكلّ يمكن القول بالصحّة بل اللزوم، لمامرّ من أنّ الملاك في صدق البيع هو الإنشاء وإظهار كلّ واحد ما تعهّد عليه لصاحبه بما يكون مفهماً لصاحبه.

إمكان الحكم بصحّة البيع ولو مع عدم الموالاة وعدم بعض الشرائط الأُخرى في بعض الموارد

ويمكن أن يقال أيضاً: إنّه لو تداول ترتيب أثر التمليك والتملّك البيعيّ عند العرف في بعض الأشياء بصِرف إعداد مكان لوضع المشتري الثمن وأخذ المبيع منه ـ كما ◄

---

(١) في ص ٤٢.

المسألة السابعة: الأقوى أنّه يعتبر في المعاطاة جميع ما اعتبر في البيع العقديّ* ماعدا الصيغة من الشروط الآتية، فلا تصحّ مع فقد واحد منها، سواء كان ممّا اعتبر في المتبايعين أو في العوضين،

ينقل عن بعض البلاد، وكما هو معمول عندنا في الحمّام في الجملة ـ لَيحكم بالصحّة بيعاً؛ فإنّ جعل مكانٍ معدّاً لذلك بمنزلة الإيجاب العموميّ وأخذَ المشتري ما يريد ووضعَ الثمن قبولٌ منه. واعتبار الموالاة أو توجّه كلّ من الطرفين عند إنشاء الآخر كلّ ذلك عرفيّ منوط بحكم العرف بلزوم ذلك، فله الإلقاء في بعض الموارد ويترتّب عليه الأحكام العرفيّة والشرعيّة، لما عرفت من تقرير السيرة[1] عند الدليل الثامن لصحّة المعاطاة، كما ربما يومئ إلى ذلك ما ذكروه في باب الهديّة من حصول الملكيّة بالإهداء من بلاد بعيدة مع الفصل الطويل بين الإيجاب والقبول، وقد ورد إهداء النجاشيّ مارية القبطيّة للنبيّ صلى الله عليه وآله[2] ولم ينقل إيجاب وقبول غير الإهداء الخارجيّ والقبول الواقع في الخارج أيضاً بعنوان التملّك. ولعمري إنّ إيكال المعاملات إلى العرف من المحكمات الّتي لايشوبها ريب، وهو الأصل الأصيل لا يخرج عنه إلّا بالدليل القاطع.

يعتبر في المعاطاة جميع الشروط الّتي تعتبر في البيع العقديّ

(*) لأنّها بيع فيشترط بشروطه ويترتّب عليها آثاره؛ لكن هذا واضح في الشروط الشرعيّة، كالعلم بالعوضين وعدم الزيادة في المتماثلين، وأمّا الشروط العقلائيّة فيمكن دعوى عدم لزوم مراعاة بعض الشرائط كالموالاة بين الإيجاب والقبول وكونِ كلّ منهما متوجّهاً إلى إنشاء الآخر، فإنّ ذلك من شؤون الألفاظ؛ فلو أرسل البائع المبيع بقصد التمليك إلى بيت المشتري وسلّم المشتري ثمنه كذلك بقصد حصول المعاملة بذلك

---

(١) في ص ٤١.

(٢) راجع بحارالأنوار: ج ١٨ ص ٤١٦ و٤١٩.

كما أنّ الأقوى ثبوت الخيارات الآتية فيها* ولو بعد لزومها بأحد الملزمات الآتية**؛ إلّا إذا كان وجود الملزم منافياً لثبوت الخيار وموجباً لسقوطه، كما إذا كان المأخوذ بالمعاطاة معيباً*** ولم يكن قائماً بعينه.

وكذا لو أمضى أحدهما الدفاتر والأسناد بقصد حصول المعاملة في يوم وأمضى أحدهما في يوم آخر فصدقُ البيع والمعاملة المستلزم لترتيب الأثر عليه شرعاً غير بعيد.

ثبوت الخيارات في المعاطاة

(*) ولا ينافيه الجواز الحكميّ المفروض فيها عند المصنّف، وإلّا لم تجتمع خيارات مختلفة في بيع واحد في زمان كذلك. هذا.

ولكن على فرض عدم قابليّة المعاطاة للاشتراط لا يثبت فيه خيار تخلّف الشرط، وأمّا خيار الشرط فيتصوّر ثبوته باشتراطه في عقد آخر بالنسبة إليها.

(**) لأنّ لزومها من جهة عدم الموضوع للجواز الحكميّ الثابت في العينين لا ينافي جوازها بملاك ثبوت حقّ لأحد المتعاملين على صاحبه.

إذا كان المأخوذ بالمعاطاة معيباً ولم يكن قائماً بعينه

(***) كما يأتي إن شاء الله في خيار العيب.

ويدلّ عليه مرسل الجميل الّذي هو بحكم الصحيح أو الحسن بإبراهيم، وذلك لنقل ابن أبي عمير عنه عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيباً، فقال: «إن كان الشيء قائماً بعينه ردّه على صاحبه وأخذ الثمن، وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب»[1].

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٣٠ ح ٣ من ب ١٦ من أبواب الخيار.

المسألة الثامنة: البيع العقديّ لازم من الطرفين* إلّا مع وجود أحـد الخيارات الآتية.

لزوم البيع العقديّ وعدم لزوم المعاطاة

(*) هو من الواضحات عند العرف والمتشرّعة.

ذكر أدلّة اللزوم

ويلخّص ما يدلّ عليه خصوصاً أو عموماً في أُمور:

الأوّل: قوله تعالى: ﴿يَـٰأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلْأَنْعَـٰمِ ...﴾[1].

الثاني: قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُواْ بِالْعَهْدِ إِنَّ ٱلْعَهدَ كَانَ مَسْئُولاً﴾[2].

وتقريب الاستدلال بهما أنّ تعهّد الأمر الاعتباريّ لا أثر له إلّا تعهّد ترتيب الآثار عليه، لأنّه متقوّم بها أو منتزع عنها على أقوى الوجهين، ومن آثار الملكيّة عدم الانتقال إلى الغير من دون تسبيب من صاحبها، فكلّ منهما قد تعهّدا ذلك ومقتضى وجوب الوفاء: حرمة الفسخ وحرمة ترتيب الأثر عليه بعده، لأنّه خلاف ما تعوهد عليه من عدم الانتقال إلى الغير بلا تسبيب من مالكه، ولاريب أنّ حرمة ما ذكر ليس إلّا من باب وجوب الوفاء بتعهّد كلّ منهما على بقاء ملكيّة المال لصاحبه، فيجب عليه عدم الفسخ وعدم التصرّف بعده من باب حفظ التعهّد على بقائه على ملك مالكه، وهذا يدلّ على عدم نفوذ الفسخ وليس مفاده حرمة التصرّفات وحرمة الفسخ ولو مع تأثير الفسخ، فإنّ الوفاء الواجب هو عدم الفسخ وعدم التصرّف من باب عدم حصول الفسخ لا الأعمّ منه ومن غيره، فإنّ عدم جواز التصرّف في المال بالفسخ وبعده إذا كان مقروناً مع نفوذ الفسخ غير مربوط بما تعوهد عليه من الوفاء، فافهم وتأمّل.

---

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) سورة الإسراء: ٣٤.

الثالث: قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ...﴾[١].

وتقريبه أيضاً متوقّف على ما تقدّم من كون عدم نفوذ الانتقال إلى غير المالك إلّا بإذنه من الآثار البيّنة للملكيّة عرفاً، والآية المذكورة تدلّ على صحّة البيع الّتي هي عبارة أُخرى عن حصول الملكيّة للطرفين. هذا.

ولكن قد تقدّمت منّا الإشارة إلى عدم دلالة الآية بل ولا آية ﴿أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾ على الصحّة واللزوم.

وجهه عدم كون الثالثة في مقام بيان حلّيّة البيع بل هي مفروضة التحقّق وإنّما سياقها بيان الفرق بين البيع والربا بذلك، وعدمُ انعقاد ظهور للأُولى في العموم، من جهة قوله تعالى: ﴿أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلْأَنْعَـٰمِ﴾، فإنّ المناسب لذلك أن يكون المراد بالعقود هي العقود المأخوذة على التكاليف الإلهيّة بمقتضى إيمانهم بالله ورسولهﷺ؛ فإنّ المناسبة بين الوفاء بالعقود العرفيّة وحلّيّة بهيمة الأنعام خفيّة جدّاً لكن لا إشكال في الاستدلال بآية ﴿وَأَوْفُواْ بِالْعَهْدِ ...﴾.

وتوهّمُ «أنّه موقوف على استقرار بناء العقلاء على أنّ البقاء على ملك المالك وعدم انتقاله منه إلى غيره من دون طيب نفسه ورضاه من الآثار المترتّبة على الملكيّة حتّى يدخل بذلك في متعلّق العهد، وهو كافٍ في الاستدلال، فالاستدلال بها يتوقّف على أمر هو بنفسه كافٍ في الدلالة على المطلوب» مدفوعٌ بأنّ فائدته الدلالة على الإمضاء، بل لعلّ المستفاد منها حرمةالفسخ والتصرّفات من باب أنّه خلف للعهد، فالتصرّف المالكيّ فيه أشدّ حرمةً من التصرّف في غيره من أموال الناس.

تقديم ما تعوهد عليه على غيره عند الاضطرار

ومن هنا يمكن أن يقال بلزوم مراعاة ذلك عند التزاحم، فلو اضطرّ إلى أكل مال

(١) سورة البقرة: ٢٧٥.

◄ الغير في المخصصة فالأحوط بل الأقوى حينئذٍ أكل مال ليس مورد تعهّده إذا كان المالان متساويين من جهات أُخرى.

الرابع: ما عن الصدوق في إكمال الدين وغيره عن محمّد بن جعفر الأسديّ قال: كان في ما ورد على الشيخ أبي جعفر محمّد بن عثمان العمريّ ـ قدّس الله روحه ـ في جواب مسائلي إلى صاحب الدار عليه السلام وفيه: «وأمّا ما سألت عنه من أمر الضياع الّتي لناحيتنا هل يجوز القيام بعمارتها، وأداء الخراج منها، وصرف ما يفضل من دخلها إلى الناحية احتساباً للأجر وتقرّباً إليكم؟ فلا يحلّ لأحد أن يتصرّف في مال غيره بغير إذنه، فكيف يحلّ ذلك في مالنا؟! ...»(١).

فإنّ شمول قوله عليه السلام: «لا يحلّ» للتصرّفات الّتي لها أثر وضعيّ واضح بعد كون الموضوع هو التصرّف في غلّة الأرض الّتي للناحية، وهو لا يخلو عن التصرّفات الّتي لها أثر وضعيّ كالبيع والإجارة والمزارعة وغيرها.

مضافاً إلى أنّه مع قطع النظر عن الصدر لو لم يكن قوله عليه السلام: «فلا يحلّ» شاملاً للتملّك والتصرّفات الواقعة بعده أو ما هو نظيره كالفسخ في المقام لكان بحكم اللغو، إذ لكلّ أحد أن يتملّك مال غيره ويتصرّف فيه ولا يكون مثل الجملة المذكورة رادعة له بنفسها. هذا.

مضافاً إلى أنّ الظاهر أنّه استدلال بما هو المرتكز عند العقلاء والمتشرّعة، ولا فرق بمقتضى ارتكازهم بين التصرّفات الساذجة والتصرّفات المستلزمة للآثار الوضعيّة في الحكم بالقبح في الأُولى وعدم النفوذ في الثانية.

الخامس: حسن زيد الشحّام بإبراهيم أو الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام «أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله وقف بمنى حين قضى مناسكها في حجّة الوداع ـ إلى أن قال: ـ فقال: اللّهمّ اشهد، ألا من كانت عنده أمانة فليؤدّها إلى من ائتمنه عليها، فإنّه لا يحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلّا بطيبة نفسه، ولا تظلموا أنفسكم ولا ترجعوا بعدي كفّاراً»(٢). ►

(١) وسائل الشيعة: ج ٩ ص ٥٤٠ ح ٧ من ب ٣ من أبواب الأنفال.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٢٩ ص ١٠ ح ٣ من ب ١ من أبواب القصاص في النفس.

◄ قال في الوسائل: وعن عدّة من أصحابنا عن أحمد بن محمّد بن عيسى عن الحسين ابن سعيدعن أخيه الحسن عن زرعة بن محمّد عن سماعة عنه عليه السلام مثله. ورواه الصدوق رحمه الله بإسناده عن زرعة. ورواه عليّ بن إبراهيم في تفسيره مرسلاً[١].

وتقريب الاستدلال به أنّ المال قبل الرجوع يكون ملكاً لمن انتقل إليه حتّى بالنسبة إلى ظرف الرجوع ولذا يجوز إجارته وبيعه وإتلافه، فلا يحلّ المال بلحاظ الظرف المذكور إلّا بطيبة نفسه، فحينئذٍ إن كان مفاده عامّاً للحلّيّة الوضعيّة فدلالته واضحة، وإن كان دالّاً على خصوص التكليفيّة منها فيدلّ على حرمة التصرّفات في ظرف الرجوع باعتبار كون المال مملوكاً له قبل الرجوع في الظرف المذكور.

مع أنّه قد مرّ أنّه لو كان المقصود خصوص التصرّفات المترتّبة عليه قبل الانتقال إلى المتصرّف مع السكوت عن صحّة الانتقال وفساده لم يكن مجدياً بنفسه، إذ الظالمون ينقلون أموال الناس إلى الغير ويتملّكون لأنفسهم ظلماً وعدواناً، والحديث لا يدلّ على عدم جواز النقل بغير الإذن فهو ساكت عن جميع ما أُشير إليه من المظالم، وهو مقطوع الفساد.

السادس: قوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَـٰقًا غَلِيظًا﴾[٢].

وقد مرّت الآية الشريفة[٣].

وتقريبها على المطلوب أنّ الظاهر من الذيل أنّ أخذ الميثاق ملاك اللزوم بعد معلوميّة أنّه لم يؤخذ الميثاق على خصوص صفة اللزوم بل أُخذ على مالكيّة الزوج للمهر.

السابع: ما تقدّم نقله عن النبيّ صلى الله عليه وآله[٤] أنّ «الناس مسلّطون على أموالهم».

بتقريب أنّ نفس نفوذ تملّك مال الغير من دون إجازته ورضاه خلاف سلطنة الناس على أموالهم، والمبيع قبل الرجوع مملوك للمشتري حتّى بلحاظ زمان الرجوع ◄

(١) وسائل الشيعة: ج ٢٩ ص ١٠ ـ ١١.

(٢) سورة النساء: ٢١.

(٣ و ٤) في ص ٣٩.

فلا ينتقل إلى الغير من دون إعمال سلطنته، لأنّه خلاف سلطانه على ماله.

الثامن: قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ وقد مرّت[١].

بتقريب أنّ التصرّف في المال بالاستبداد في الفسخ أكل للمال بالباطل عرفاً. أو يقال: إنّ التملّك بالفسخ الاستبداديّ أكلٌ له بالباطل.

التاسع: قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ﴾[٢].

وتقريبه من وجهين:

أحدهما: من جهة دلالته على الحصر، فالمال الّذي لايكون أكله أكلاً بالباطل هو المجلوب بسبب التجارة عن التراضي على نحو الانحصار.

ثانيهما: من جهة دلالته على صحّة البيع المشكوك لزومه بالفرض، فإنّ مقتضى منطوقه: جواز تصرّف المشتري في المبيع بسبب وقوع التجارة عن التراضي حتّى بعد فسخ البائع استبداداً ومقتضاه عدم نفوذ الفسخ.

ولكن في الوجهين ما لايخفى:

أمّا الأوّل فلأنّ الحصر غير واضح في الاستثناء المنقطع.

وأمّا الثاني فلعدم وضوح كونه في مقام الإطلاق، فإنّه ليس بحسب الظاهر في مقام تشريع صحّة التجارة عن التراضي، لكون ذلك واضحاً جدّاً، بل المظنون أنّ المقصود هو النهي عن الأكل بالباطل والاكتفاء بما هو مسلّم صحّته ومشروعيّته من التجارة عن التراضي، فتأمّل.

ويحتمل أن يكون في مقام البعث الإرشاديّ إلى التجارةعن التراضيالمسلّم صحّتها بداعي تحذيرهم عمّا كانوا عليه في الجاهليّة من النهب والظلم وحثّهم على تأسيس أساس معاشهم على الطريقة الصحيحة المألوفة عند العقلاء الشرفاء المجتنبين عمّا لايساعد عليه الوجدان.

العاشر: ما تقدّم[٣] من حسن حفص البختريّ ومرسل الفقيه من قوله عليه السلام: «الصلح

---

(١) في ص ٣٩.
(٢) سورة النساء: ٢٩.
(٣) في ص ٤١.

جائز بين الناس» أو «والصلح جائز بين المسلمين» بناءً على ما تقدّم من شموله لكلّ تسالم بين المسلمين ولو لم يكن بمفهوم الصلح أو ما يشابهه من التسالم وغيره بل كان مصداقاً للصلح والتسالم.

وتقريب الاستدلال به بناءً على ذلك هو ما تقدّم في قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾.

ويوضحه أنّ جواز الصلح والحكم بنفوذه ينافي عدم اللزوم، لعدم انقطاع المخاصمة في ما هو المتيقّن من صدق اللفظ المذكور.

الحادي عشر: الأخبار الدالّة بالمفهوم والمنطوق على لزوم البيع بعد الافتراق:

ففي حسن زرارة بإبراهيم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سمعته يقول: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: البيّعان بالخيار حتّى يفترقا ...»[١].

وفي صحيح فضيل عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قلت له: ما الشرط في غير الحيوان؟ قال: «البيّعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»[٢].

ويدلّ عليه بالمنطوق أيضاً حسن الحلبيّ بإبراهيم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «أيّما رجل اشترى من رجل بيعاً فهو بالخيار حتّى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع ...»[٣].

ويدلّ عليه خبر عليّ بن أسباط عن أبي الحسن الرضا عليه السلام، قال: سمعته يقول: «الخيار في الحيوان ثلاثة أيّام للمشتري، وفي غير الحيوان أن يفترقا ...»[٤].

والمقصود من ذكر جملة من الأخبار اشتمال كلّ واحد منها على خصوصيّة يكون الآخر فاقداً لها، وقد فصّلنا القول في ذلك في التعليق على المكاسب لكنّ الاختصار أولى عند وضوح المدّعى.

الثاني عشر: ما دلّ على أنّ المسلمين عند شروطهم:

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٥ ح ٢ من ب ١ من أبواب الخيار.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٦ ح ٣ من ب ١ من أبواب الخيار.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٦ ح ٤ من ب ١ من أبواب الخيار.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٦ ح ٥ من ب ١ من أبواب الخيار.

كصحيح عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «المسلمون عند شروطهم إلّا كلّ شرط خالف كتاب الله عزّوجلّ فلا يجوز»(١).

بناءً على أنّ الشرط هو مطلق الالتزام وليس هو خصوص الالتزام الضمنيّ، فإنّ المحكيّ عن الصراح أنّه العهد. والمحكيّ عن القاموس من أنّه إلزام الشيء والتزامه في البيع وغيره لا يعارضه، فإنّ الالتزام بكون المبيع للمشتري التزام في البيع.

مع إمكان حمله على أوضح مصاديقه وأكثر ما يستعمل فيه، خصوصاً بعد استعماله في الأخبار في غير الشرط الضمنيّ كثيراً: فمنه قوله صلى الله عليه وآله على ما حكي عنه في قصّة بريرة: «قضاء الله أحقّ وشرطه أوثق»(٢). ومنه ما حكي عن أميرالمؤمنين عليه السلام من قوله: «شرط الله قبل شرطكم»(٣) وغير ذلك فراجع المكاسب للأنصاري قدس سره(٤).

مضافاً إلى إمكان أن يستدلّ به على المطلوب بوجهين ولو على فرض كون الشرط حقيقة في الالتزام الضمنيّ:

أحدهما بالأولويّة، فإنّ الالتزام الضمنيّ ليس بأوثق من الأصليّ عند العرف.

ثانيهما: أنّه يصدق على كلّ من التزامي البائع والمشتري أنّه في ضمن البيع الّذي هو المجموع، وهذا المقدار كافٍ في العناية المأخوذة في اللغة المذكورة على الظاهر.

الثالث عشر: خبر صفوان عن ابن مسكان عن هذيل بن صدقة الطحّان قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري المتاع أو الثوب فينطلق به إلى منزله ولم ينفذ شيئاً فيبدو له فيردّه، هل ينبغي ذلك له؟ قال: «لا إلّا أن تطيب نفس صاحبه»(٥).

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٦ ح ٢ من ب ٦ من أبواب الخيار.

(٢) السنن الكبرى للبيهقيّ: ج ١٠ ص ٢٩٥، كنزالعمّال: ج ١٠ ص ١٤٤: الفصل الثاني في أحكام تتعلّق بالعتاق «الولاء» ح ٢٩٦٠١.

(٣) وسائل الشيعة: ج ٢١ ص ٢٧٧ ح ٦ من ب ٢٠ من أبواب المهور، وج ٢٢ ص ٣٥ ح ٢ من ب ١٣ من أبواب مقدّمات الطلاق.

(٤) ج ٦ ص ٢٢ ـ ٢٤.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٨٦ ح ٣ من ب ٣ من أبواب آداب التجارة.

◄ وهو بحكم الصحيح لنقل صفوان.

الرابع عشر: أنّ المستفاد من الأخبار الكثيرة الواردة في الأبواب المتفرّقة (من الردّ بخيار المجلس، أو بخيار الحيوان إلى ثلاثة أيّام، أو بالعيب إذا كان المال قائماً بعينه، أو بشرط الخيار، أو عند تأخير الثمن، وكذا الحكم باستحباب استقالة المؤمن، وغير ذلك الوارد في سائر أبواب البيع أو أبواب باقي المعاملات) أنّ اللـزوم مع قطع النظر عن طروّ المسوّغات الشرعيّة أو العقلائيّة كان مفروغاً عنه، فراجع وتأمّل.

الخامس عشر: بناء العقلاء عليه في مثل البيع والإجارة كما هو واضح، فإنّ الملكيّة المتزلزلة الّتي تزول من غير اختيار من تضاف إليه مساوقةٌ عندهم لعدمها من حيث الأثر، إذ مع فرض التزلزل لايبقى وثوق بالبيوع والإجارات ويختلّ بذلك نظام المعاملات، فالبيع ونحوه ليس إلّا لتسلّط الشخص على ما يكون محتاجاً إليه في حياته بحسب ما يراه، ولا يتحقّق تسلّط مع فرض عدم اللزوم.

والحاصل: أنّ وجود بناء العقلاء المبنيّ على الحكمةالواضحة من قيام السوق وعدم اختلال نظام العباد واضح جدّاً؛ وهو ممّا يوضح اللزوم في المعاطاة أكثر من الإطلاقات المتقدّمة، إذ لافرق عندهم في ذلك بين البيع اللفظيّ وغيره.

السادس عشر: استصحاب بقاء أثر المعاملة وعدم ارتفاعه إلّا بالتقايل المتيقّن رفعه به. والأصل المذكور أصل كلّيّ يجري في جميع المعاملات بآثارها المختلفة، وهو جارٍ بالذات يحكم بالاستناد إليه على اللزوم إذا لم يكن معارضاً أو محكوماً بأصل آخر، كاستصحاب بقاء الخيار الثابت للمغبون بعد إسقاط خيار الغبن، أو استصحاب بقاء الخيار الّذي كان له في المجلس في ما إذا كان الغبن مشكوكاً أو العيب مشكوكاً، أو استصحاب عدم قصد القربة في مورد الشكّ في كون المعاملة هبة حتّى يجوز الرجوع أو صدقة حتّى لايجوز وقلنا بعدم الفرق بينهما إلّا في قصد التقرّب وعدمه فلابدّ من ملاحظة الموارد.

هذا ملخّص الأدلّة الّتي يمكن إقامتها على اللزوم. ◄

نعم، يجوز فسخه بالإقالة، وهي الفسخ من الطرفين*.

وأمّا المعاطاة فالأقوى أنّها مفيدة للملك، لكنّها جائزة من الطرفين**

↙ وقد عرفت وهن الإجماع.

مضافاً إلى أنّه على فرض انعقاده فهو منعقد على عدم الصحّة.

والحكم بالملكيّة المتزلزلة نشأ من المحقّق الثاني فهو مسبوق بالإجماع.

مع أنّ إحداث القول الثالث ليس خرقاً للإجماع كما هو واضح، فإنّ حياة العلم ورقاءه بدفع الشبهات السابقة والتنبيه على مشكلات مغفول عنها حتّى تدفع بعد ذلك إن شاء الله تعالى إلى أن يقوم القائم عليه السلام. والوقوف على آراء الأقدمين مع وضوح جهة اتّكائهم تقليدٌ صِرف لابدّ من التجنّب عنه. والله الموفّق وهو الهادي.

(*) **ويحتمل كونها** أعمّ منه ومن الفسخ من أحد الطرفين وطيب نفس الآخر بذلك ولو لم ينشأ باللفظ أو بالفعل. وسيجيء الكلام فيها حكماً وموضوعاً في آخر كتاب البيع إن شاء الله تعالى.

في‌ما ذكره المصنّف من الجواز في المعاطاة والإيراد عليه وإثبات لزومها

(**) **قد عرفت قيام الأدلّة** المتقدّمة على اللزوم.

فالحكم بالجواز **إمّا لتوهّم** انعقاد الإجماع الحجّة على عدمه.

وقد عرفت عدم قيامه عليه أوّلاً. وعدم حجّيّته ثانياً، لوهنه بأُمور مذكورة[1].

وإمّا لما أُشير إليه في تقرير الميرزا النائينيّ[2] رحمه الله تعالى.

وملخّصه أنّ اللزوم في البيع من باب دلالة اللفظ عرفاً على الالتزام بالتبديل الّذي ↖

---

(١) في ص ٥٠ ـ ٥٢.

(٢) راجع منية الطالب: ج ١ ص ٤٩.

◄ هو المدلول المطابقيّ للبيع، وهذه الدلالة مفقودة في المعاطاة، لأنّها ليست إلّا مصداقاً للتبديل.

وأمّا الالتزام به فلا يكون مورداً للإنشاء ثبوتاً في المعاطاة، ولو كان مقصوداً ومورداً للإنشاء الثبوتيّ فلا أثر له بعد عدم المظهر ـ من القول المفقود في الفرض ومن الفعل ـ لأنّه لا دلالة فيه على الالتزام بما أوجداه من المفاد وهو التبديل في الملكيّة.

وفيه أوّلاً: أنّ دعوى دلالة اللفظ الّذي ليس مدلوله بالفرض إلّا إظهار تبديل المالين في الملكيّة على الالتزام وعدم دلالة الفعل الواجد لذلك أيضاً عليه خالية عن الوجه. والظاهر أنّ الالتزام في العرف ينتزع من إظهار كلّ واحد من الطرفين إنشاءه للآخر الّذي يصير سنداً للطرف الآخر. واحتمالُ كون القول بما هو قول سنداً تعبّداً عند العقلاء لا بما هو مظهر لا يعبأ به.

وثانياً: أنّ اللزوم الّذي هو عبارة عن عدم خروج الملك عن ملك من انتقل إليه إلى غيره من دون طيب نفسه إنّما هو من الآثار الثابتة للملكيّة، لأنّ أظهر خواصّ الملك التسلّط على المال، وخروجه عن ملكه من دون الرضا منافٍ له، بل خصوص هذا الأثر كاد أن يكون من الأركان عند العرف، وهو غير مربوط بالالتزام ولا يكون متفرّعاً عليه وليس من آثاره أصلاً؛ ألا ترى أنّ الملكيّة الحاصلة بالإرث أو بالحيازة لازمة، ولا يحتمل جواز إرجاع المال من طرف الوصيّ ـ مثلاً ـ إلى الميّت أو من طرف الحاكم إلى الإباحة المطلقة في مورد مثال الحيازة لبعض المصالح.

وثالثاً: يكون الدليل المذكور أخصّ من المدّعى، إذ الظاهر من المعاطاة هي المعاملة الحاصلة بالفعل فحينئذٍ لو فعلا فعلاً يدلّ على الالتزام باللزوم كالصفق باليد وكالافتراق من المجلس بداعي اللزوم فلابدّ من الحكم باللزوم.

ورابعاً: أنّه قد مرّ أنّ لزوم تبعيّة الظهور النوعيّ في باب المعاملات خالٍ عن الوجه، بل مقتضى القاعدة: كفاية الظهور المعلوم عند المتبايعين، فحينئذٍ لكلّ منهما أن يعطي ماله ويأخذ عوضه بعد التصريح القبليّ بحصول اللزوم بذلك. ◄

ولا تلزم إلّا بتلف أحد العوضين*، أو التصرّف المغيّر**،

تلف أحد العوضين أو بعضه

◄ وخامساً: أنّ مقتضى ما أُفيد: عدم اللزوم في البيع اللفظيّ إذا علم عدم التزامهما بما أوجداه مع أنّ من المعلوم لزومه.

(*) **الوجه في ذلك**: أنّ القدر المتيقّن من الموضوع الّذي تعلّق به الجواز إنّما هو مجموع العينين، ومع تلف أحدهما أو بعض منهما أو من أحدهما لايكون الموضوع باقياً حتّى يستصحب الجواز، فإنّ الموضوع هو عنوان الترادّ القائم بالعوضين فحينئذٍ تستصحب ملكيّة المال لمن انتقل إليه المستلزم لعدم تأثير الرجوع، وليس العقد القابل لتعلّق الفسخ والإمضاء شيئاً وراء آثاره من ملكيّة الطرفين وآثارها بعد التلف. والقدر المتيقّن من موضوع الجواز هو الأثر الأوّل المترتّب على العقد لا ما يترتّب عليه بعد التلف من عدم الضمان وبراءة الذمّة وغير ذلك. هذا.

مضافاً إلى أنّ مقتضى دليل اللزوم من وجوب الوفاء بالعقد والعهد: هو حفظ الالتزام وآثار الملكيّة خرج منه خصوص الترادّ وبقي الباقي تحت الدليل. وممّا ذكرنا يظهر أنّ تلف بعض أحد العوضين بحكم تلف الكلّ.

التصرّف المغيّر وفروعه من الامتزاج وغيره

(**) **ولعلّ المقصود منه فروع**:

الأوّل: التغيّر بالامتزاج بمال للمنتقل إليه.

الثاني: التغيّر بالامتزاج مع مال الغير الموجب لحصول الشركة قبل الرجوع.

الثالث: إيجاد التغيّر فيه بغير الامتزاج.

والوجه الجاري في الكلّ هو التمسّك بدليل اللزوم بعد خروج القدر المتيقّن منه، وهو ما إذا كان العوضان قائمين بعينهما. وإن فرض لزوم الرجوع إلى استصحاب ◄

أو الناقل للعين*.

↲حكم المخصّص فيشكل ذلك في بعض صور الامتزاج والتغيّر.

نعم، لا إشكال في الفرع الثاني أيضاً، من جهة أنّ الامتزاج مع مال الغير صار موجباً لحصول الشركة فلا يمكن ترادّ العينين؛ وحيث إنّ المبنى وهو الجواز غير مرضيّ عندنا فلاوجه لإطالة الكلام، والمقصود هو الإشارةإلى وجوه الفروع المبتنيةعلى مبنى المتن.

ثمّ لايخفى أنّه على فرض كون التغيّر ملزماً فالملاك حصول التغيّر ولو لم يكن بالتصرّف، فقيد التصرّف كما في المتن مستدرك بحسب الظاهر.

التصرّف الناقل وما يتعلّق به من الفروع

(*) ولو كان جائزاً كما في المكاسب[١]، فإنّ الترادّ غير متحقّق، وتحصيله في الصورة الثانية وإن كان ممكناً إلّا أنّه غير واجب، لعدم الدليل عليه.

ولو رجع الملك إليه بالتقايل أو الفسخ فالأوجه بقاء اللزوم.

وذلك لوجوه:

منها: استصحاب بقاء المال على ملك من انتقل إليه.

ومنها: استصحاب اللزوم وعدم كون الرجوع مؤثّراً.

ومنها: العموم الدالّ على اللزوم.

وتوهّمُ «معارضة ذلك كلّه باستصحاب جواز الترادّ على تقدير بقاء المال على ملك من انتقل إليه وتقدّمه على الاستصحابين المتقدّمين وعلى العموم على مسلك الشيخ المحقّق الأنصاريّ في ما إذا لم يكن العامّ مفرّداً للزمان».

مندفعٌ بأنّ الحكم هو جواز الترادّ فعلاًوتوقّفه على الملكيّة عقليّ لاشرعيّ، فالتعليق ليس شرعيّاً حتّى يستصحب ويقدّم على الفعليّ. ↖

---

(١) ج ٣ ص ١٠٠.

ولو مات أحدهما لم يكن لوارثه الرجوع*؛ ولكن لو جنّ فالظاهر قيام وليّه مقامه في الرجوع**.

¥ مع أنّ المبنى غير مرضيّ عندنا، فإنّ الأقوى جواز التمسّك بالعامّ في جميع الموارد.

ليس لوارث الآخذ بالمعاطاة الرجوع

(*) وذلك لأنّ الانتقال إلى الوارث متوقّف على كون المورّث مالكاً لما ينتقل إلى الوارث قبل موته.فالمنافع المملوكةللمورّث بالاستيجارمن الغير إلى آخر السنة ـ مثلاً ـ تنتقل إلى الوارث،لا ما يكون مملوكاً له إلى حين موته وليس مملوكاً له بملاحظة ظرف ما بعد الموت. كيف؟! ولو كان كذلك لانتقل المنافع كلّها إلى الوارث بصِرف كونها مملوكة للمورّث حين موته.

إذا عرفت ذلك يعلم وضوح الفرع المذكور،لأنّه على فرض عدمثبوت عنوان الحقّيّة الّتي هي مرتبة ضعيفة من الملك لايكون المورّث مالكاً للرجوع بل يجوز له الرجوع كما يجوز له البيع، وعلى تقدير الملكيّة فلم يثبت أنّ المورّث مالك للرجوع حتّى بالنسبة إلى ظرف ما بعد الموت حتّى ينتقل ذلك إلى ورثته.

لو جنّ أحدهما فالظاهر قيام وليّه مقامه

(**) فإنّ ما يدلّ من الدليل على جواز ولايةالوليّ على التصرّفات من البيع والفسخ والإجارة وغيرها يدلّ عليه أيضاً في المقام.

وبعبارة أُخرى: المقتضي للولاية على الرجوع موجود. وهو دليل الولاية من الآية الشريفة قوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ وَلَاتَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُواْ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا

﴿فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ...﴾[١] الدالّ على ولاية الأولياء على المجنون المتّصل جنونه بحال صغره، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا﴾. وقوله: ﴿فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ دالّ على الولاية لمصالح المولّى عليه بالأولويّة.

ويدلّ عليه أيضاً المستفيضة المنقولة في الأخبار المتعدّدة عن النبيّ صلّى الله عليه وآله أنّه قال صلّى الله عليه وآله: «أنت ومالك لأبيك»[٢].

وخلاصة تقريب دلالته على الولاية أنّه بعد تعليل جواز أخذ الوالد من مال ولده بغير إذنه به في خبر محمّد بن سنان[٣] والاستشهاد به على ولاية الجدّ على نكاح ابنة ولده في خبر عبيد بن زرارة[٤] والتعليل لتقديم الجدّ على الأب عند الاختلاف في الولاية على النكاح أيضاً بأنّها وأباها للجدّ كما في خبر عليّ بن جعفر[٥] يستفاد منه كفاية الملاك المذكور في المستفيضة لثبوت الولاية.

هذا كلّه الإشارة إلى المقتضي الّذي ربما سيجيء الكلام فيه بعون الله تعالى في محلّه.

وليس مورد الولاية الحقوق بل موردها الأعمّ منها ومن الأحكام كما هو واضح، فإنّ جواز البيع والإجارة ليس من الحقوق بل هو من الأحكام.

ولا يمكن أن يقال: إنّ المتيقّن من الجواز في قبال أصالة اللزوم هو جواز الرجوع بنفسه وبعد عدم مضيّه يرجع إلى أصالة اللزوم المقتضية لعدم تأثير رجوع الوليّ، فإنّ دليل الولاية حاكم على الأدلّة الأوّليّة المقتضية لعدم تأثير تصرّف الوليّ كما هو واضح.

ولاريب أيضاً أنّ مورد الولاية هو التصرّف الّذي يجوز للمولّى عليه لولا الجهة الموجبة للحجر.

---

(١) سورة النساء: ٦.

(٢) راجع وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٢٦٢، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٢٦٦ ح ٩ من ب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به.

(٤) وسائل الشيعة: ج ٢٠ ص ٢٩٠ ح ٥ من ب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

(٥) وسائل الشيعة: ج ٢٠ ص ٢٩١ ح ٨ من ب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

المسألة التاسعة: البيع المعاطاتيّ ليس قابلاً للشروط*،

↘ ## حكم الصغير والوكيل

ومنه يـظهر حكم الصغير بناءً على صحّة معاملته، وكذا الوكيل، إذ الكلّ من باب واحد.

وخلاصة ملاكه أُمور:

الأوّل: عموم دليل الولاية والوكالة.

الثاني: كون مورده في الولاية هو التصرّف الجائز للمولّى عليه لولا الحجر، لا التصرّف الجائز بالفعل.

الثالث: تقدّم دليلهما على الأدلّة الظاهرة بعمومها أو إطلاقها في عدم مضيّ تصرّف الوكيل والوليّ.

البيع المعاطاتيّ ليس قابلاً للشروط

(*) يمكن أن يكون الوجه في ذلك أمران:

أحدهما: أن يكون شرط صحّة الشرط ذكره في متن العقد. ولا يكون اعتبار بذكره قبله والتواطؤ عليه حين العقد.

بيان وجوه عدم صحّة الشرط المبنيّ عليه العقد والجواب عنها

والوجه فيه أُمور:

منها: الإجماع المحكيّ عن الرياض:

قال الشيخ الأنصاريّ‏‏: الظاهر من كلمات الأكثر عدم لزوم الشرط غير المذكور في متن العقد، وعدم إجراء أحكام الشرط عليه وإن وقع العقد مبنيّاً عليه، بل في الرياض عن بعض الأجلّة حكاية الإجماع على عدم لزوم الوفاء بما يشترط لا في عقدٍ، بعد ↖

◄ما ادّعى هو ﴿ الإجماع على أنّه لا حكم للشروط إذا كانت قبل عقد النكاح. وتتبّعُ كلماتهم في باب البيع والنكاح يكشف عن صدق ذلك المحكيّ[١].

وفيه: أنّ الظاهر من معقد حكاية الإجماع عدم صحّة الشرط الّذي لايكون في ضمن العقد، والمبحوث عنه يكون في ضمنه ولكن لايكون مذكوراً في متنه، فالظاهر منه عدم الاعتبار بالشرط الابتدائيّ مع إطلاق العقد اللاحق للشرط، لأنّه مع عدم وضوح دليل على لزومه ابتداءً يكون العقد اللاحق بإطلاقه هادماً له كما أُشير إليه في بعض ما يأتي من الأخبار إن شاء الله تعالى. هذا.

مضافاً إلى أنّ الظاهر من المحكيّ عن الخلاف والجواهر للقاضي والمختلف جوازه من دون إشارة إلى خلاف من الأصحاب، فراجع المكاسب للأنصاريّ ﴿ باب خيار المجلس[٢].

ومنها: أنّ حقيقة الشرط المذكور في ضمن العقد متقوّمة بأمرين:

أحدهما: كون العقد مبنيّاً على الشرط المذكور وأنّ البيع والشراء ـ مثلاً ـ واقعان على هذا الأساس وأنّه من الدواعي على إنشاء المعاملة كما يدلّ على ذلك قولهم: «بعتك على أن تخيط لي ثوباً»، ومن المعلوم أنّ صِرف ذلك لا يوجب لزوماً، لأنّ الإخبار عن الداعي ليس إلّا كنفسه لا يوجب إلزاماً على السامع الّذي هو المشروط عليه في الاصطلاح.

ثانيهما: الإلزام والالتزام بذلك، وهو المستفاد من ذكر الداعي المذكور وقبولٍ للطرف الآخر العقدَ مبنيّاً على وقوعه.

إذا عرفت ذلك فنقول: إنّ صِرف التباني على الشرط الخاصّ لايوجب اللزوم بل لابدّ من الإلزام والالتزام الموجودين في العقد اللفظيّ دون المعاطاتيّ.

وفيه: أنّ محلّ الكلام ما كان واجداً لجميع ما هو لازم في الشرط إلّا اللفظ، فنفرض الكلام في ما إذا كان المقصود هو الإلزام والالتزام أيضاً لا صِرف بناء العقد عليه. ◄

---

(١) المكاسب: ج ٦ ص ٥٥ ـ ٥٦.

(٢) ج ٥ ص ٥٨.

ومنها: أنّ ذكر الشرط في متن العقددالّ على الإلزام والالتزام، وفي المعاطاة لايكون فيالبين ماهوظاهر في إنشاء الإلزام والالتزام عرفاً، وصِرف الإنشاء الموجودفي الذهن المجرّد عن الدالّ غير معتبر في المعاملات عرفاً وبرهاناً كما تقدّمت الإشارة إليه.

وفيه: أنّ المقاولة قبل البيع على الإلزام والالتزام به قبل حين البيع موجب للظهور العرفيّ.

مع أنّك قد عرفت أنّ الظهور الشخصيّ كافٍ في ترتيب الأثر.

مع أنّه لو سلّمنا لزوم الظهورالنوعيّ فإنّما هو في أصل المعاملة لا في خصوصيّاتها.

ومنها: أنّ الالتزام الشرطيّ ليس بنفسه من متعلّقات الكلام العقديّ كالعوضين وقيودهما حتّى يقدّر منويّاً فيكون كالمحذوف النحويّ بعد نصب القرينة كما صرّح بذلك العلّامة الأنصاريّ في خيار المجلس[1].

وفيه: أنّ عدم كونه كالمحذوف النحويّ بعد نصب القرينة ممنوعٌ جدّاً، خصوصاً بعد أنّه للشرط قسط من الثمن لبّاً في نظر العرف فيكون بمنزلة جزء من أحد العوضين.

ومنها: الأخبار الواردة في النكاح:

ففي الوسائل عن الكافي عن ابن بكير قال: قال أبو عبدالله عليه السلام: «إذا اشترطت على المرأة شروط المتعة فرضيت به وأوجبت التزويج فارددعليهاشرطك الأوّل بعد النكاح، فإن أجازته فقد جاز، وإن لم تجزه فلا يجوز عليها ما كان من شرط قبل النكاح»[2].

وفي الصحيح أو الحسن عن ابن أبي عمير عنه قال: قال أبو عبدالله عليه السلام: «ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح، وما كان بعد النكاح فهو جائز»[3].

وفيها عن أبان بن تغلب في حديث صيغة المتعة أنّه قال لأبي عبدالله عليه السلام: فإنّي أستحيي أن أذكر شرط الأيّام، قال: «هو أضرّ عليك». قلت: وكيف؟ قال: «لأنّك إن

(١) راجع المكاسب: ج ٥ ص ٥٩.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٢١ ص ٤٥ ح ١ من ب ١٩ من أبواب المتعة.

(٣) وسائل الشيعة: ج ٢١ ص ٤٦ ح ٢ من ب ١٩ من أبواب المتعة.

لم تشترط كان تزويج مقام ولزمتك النفقة في العدّة وكانت وارثةً، ولم تقدر على أن تطلّقها إلّا طلاق السنّة»[١].

وفيه: أنّ الأخبار المذكورة ليست صريحة بل ولاظاهرة في صورة تباني المتعاقدين والتزامهما بالشرط حين العقد، وهي بحسب الظاهر بصدد أنّ الشرط القبليّ مع عدم الالتزام به من الطرفين حين العقدمهدوم بإطلاق العقد، بل مقتضى إطلاق قوله عليه السلام: «وما كان بعد النكاح فهوجائز»صحّة الشرط الملتزم بهحين العقد ولو لميكن مذكوراً، فتأمّل.

في حال الاشتراط في العقد الجائز

الوجه الثاني لما اُفيد في المتن أنّهمبنيّ على ما أفتى به في المسألة السابقة من كون المعاطاة جائزةً من الطرفين، فالشرط في المعاطاة يكون في العقد الجائز، ولايجب الوفاء بالشرط المأخوذ في العقد الجائز على ما هو المتسالم عندهم كما يظهر من الإشكال الّذي أوردوه على اشتراط سقوط خيار المجلس ومن الجواب عنه، فراجع المكاسب[٢] للعلّامة الأنصاريّ قدس سره.

وفيه أوّلاً: أنّ المبنى غير معلوم بل قد عرفت أنّ عدم صحّته معلوم.

وثانياً: يمكن أن يقال بلزوم الشرط في العقد الجائز، فإنّ حدوث العقد كافٍ في صدق موضوع الشرط فيجب الوفاء به ولو بعد فسخ العقد كما في الشرط الّذي أمده أوسع من مدّة الإجارة، فإنّه بعد مضيّ مدّتها لا وجه بحسب الظاهر لإسقاط الشرط عن الاعتبار.

وثالثاً: يمكن أن يقال بلزومه مادام العقد كما قوّاه الفقيه الطباطبائيّ قدس سره في تعليقه على المكاسب[٣].

---

(١) وسائل الشيعة: ج ٢١ ص ٤٧ ح ٢ من ب ٢٠ من أبواب المتعة.

(٢) ج ٥ ص ٥١ ـ ٥٢.

(٣) راجع حاشية كتاب المكاسب للطباطبائيّ اليزديّ قدس سره: ج ٢ ص ٤٠٦، التعليقة ٥٦٨.

فلو أُريد ثبوت خيار بالشرط أو سقوطه به أو شرط آخر حتّى جعل مدّة وأجل لأحد العوضين يلزم اجراء صيغة البيع* وإدراج ذلك الشرط في ضمنها.

↲ ورابعاً: على فرض جوازه كجواز العقد فيجوز الرجوع في الشرط للمشروط عليه ولاوجه لبطلانه من رأس، فكما أنّ جواز العقد غيربطلانه فليكن الأمرفي الشرط كذلك.

وخامساً: يمكن القول بأنّ القدر المتيقّن من الإجماع على جواز المعاطاة لو سلّم فإنّما هو في غير مورد اشتراط اللزوم، فلو اشترط فيه اللزوم أو شرط فيه بضمّ شروط أُخرى يمكن القول بصحّة الشرط ولا دور في البين من جهة توقّف لزوم الشرط على لزوم العقد على المفروض فلو توقّف لزوم العقد على لزومه لزم الدور، وذلك لأنّ لزوم الشرط لا يتوقّف على لزوم العقد فعلاً، بل يتوقّف على الأعمّ منه ومن قابليّة اللزوم ولو بلزوم الشرط.

والحاصل: أنّ الأصحّ في النظر صحّة الشرط في المعاطاة.

ثمّ إنّ مقتضى ما في المتن عدم صحّة الشرط في المعاطاة ولو كان الشرط مُنشأً باللفظ حين المعاطاة بحيث يصرّح بارتباط الشرط المنشأ باللفظ بالبيع الحاصل بالفعل، ولا وجه له إلّا الأمر الثاني من عدم صحّة الشرط في العقود الجائزة.

ثمّ إنّه لايجري الوجه الثاني أيضاً في ما كان الثمن ـ مثلاً ـ مملوكاً للمشتري على ذمّة البائع، فإنّ البيع يكون لازماً بمحض تحقّقه، لتلف الثمن بتملّك البائع ما في ذمّة نفسه لسقوطه به، فلا يمكن ترادّ العينين فيكون لازماً، فإطلاق المتن على جميع التقادير محلّ إشكال.

الاشتراط في العقد الخارج اللازم بالنسبة إلى ما يتعلّق بالمعاطاة

(*) المتبادر من العبارة لزوم إجراء الصيغةبدل التعاطي،ومقتضاهعدم جواز شرط ↰

المسألة العاشرة: هل تجري المعاطاة في غير البيع من سائر المعاملات أو لا تجري فيها أو تجري في بعضها دون بعض؟ لعلّ الظاهر هو الأخير*، ونحن في ما بعد نشير في كلّ باب إلى جريانها فيه وعدمه إن شاء الله تعالى.

↲الخيار أو المدّة أو غيرهما من الشروط في عقد خارج لازم بالنسبة إلى بيع المعاطاة. وهو محلّ منع، فلعلّ الأولى على المبنى المذكور أن يقال بعد قوله: «إجراء الصيغة» أو إجراء عقد آخر وإدراج الشرط في ضمنها. والله العالم.

تحقيق في خصوص النكاح

(*) بناءً على لزوم المعاطاة كما أوضحناه أو قابليّتها لأن تصير لازمة بالشرط كما أشرنا إليه[1] فلابدّ من القول بصحّة العقد أو الإيقاع الموجد بالفعل الدالّ عليه في العرف، لصدق عنوان المعاملة الخاصّة عليه فيشمله دليل صحّتها، إلّا أن تكون سيرة العقلاء أو المتشرّعة على خلافه بأنّه وإن كان فعل خاصّ دالاًّ عليه إلّا أنّه لايرون تحقّق مفاده بذلك كالنكاح والطلاق، فإنّه علقة الزوجيّة ورفعها عندهم لا تقاس بالملكيّة الّتي صاحبها مسلّط عليها، بل كيفيّة إيجاد العلقة المذكورة مربوطة عندهم بوضع الاجتماع والأخلاق العموميّ، فعند الشرع والمتشرّعة والعقلاء لايحصل إلّا بأسباب خاصّة.

ومنه يظهر أنّ الدليل على عدم صحّة النكاح المعاطاتيّ والطلاق الفعليّ ليس منحصراً بالإجماع، بل ظهر منه الوجه في اعتبار العربيّة.

وخلاصة الوجه في ذلك أنّ سيرة العقلاء قائمة على لزوم كون حصول الزوجيّة ↰

---

(١) في ص ٧٤.

المسألة الحادية عشر: كما يقع البيع والشراء بمباشرة المـالك يـقع بالتوكيل أو الولاية من طرف واحد أو من الطرفين*،

بأسباب مخصوصة، والمتشرّعة تابعون لهم على هذا الأمر الكلّيّ لكن يتّبعون الشرع الأنور في خصوصيّات الأسباب. فمادلّ الدليل من جانب الشارع على دخالة أمر أو عدم دخالته فهو المتّبع، وإلّا فيرجع إلى سيرة العقلاء والمتشرّعة.

جريان المعاطاة في الوصيّة

وأمّا لو لم يكن في البين ما يدلّ على حصول مفاد المعاملة من الأفعال كالوصيّة فلا يبعد أن يقال بصحّتها بالفعل الّـذي جعل دالّاً عليه بالجعل والمواضعة بين الوصيّ والموصي ـ مثلاً ـ ، لصدق العنوان عليه على تقدير إنشائها به وعدمِ قيام السيرة على خلافه بحيث لايرون تحقّق مفادها بذلك.

هذا على تقدير لزوم المعاطاة أو قابليّتها له بشرطه.

أمّا لو اخترنا الجواز وقلنا بعدم قابليّتها لأن تصير لازمة ولو بالشرط فيشكل في موارد ذكروها: منها الرهن. ومنها الوقف وما بحكمه من الحبس. ومنها القرض.

ومنشأ الإشكال في الكلّ واحد. ولعمري إنّ جريان السيرة القطعيّة في خصوص الأُمور المذكورة على الاكتفاء بالمعاطاة كما هو المشاهد بالنسبة إلى المساجد حتّى ما انضمّ إلى المسجد الحرام وما يوقف عليها من الأكسية والفرش والحصر والبواري دليل آخر على لزوم المعاطاة ولا أقلّ من دلالتها على اللزوم في هذه الأُمور. والله العالم.

وقوع البيع بالوكالة والولاية والوصاية وجواز تولّي طرفي العقد لشخص واحد

(*) بالضرورة من الدين وسيرة المتشرّعة والعقلاء.

ويجوز لشخص واحد تولّي طرفي العقد أصالةً من طرف*

جواز توليّ طرفي العقد للوليّ إجماعيّ ذو وجوه

(*) هذا بالنسبة إلى الوليّ إجماعيّ في الجملة على ما في الجواهر، قال‌ﷺ بعد قول المصنّف‌ﷺ «ويجوز لهما أن يتولّيا ـ أي الأب والجدّ ـ طرفي العقد»: بلاخلاف محقّق أو معتدّ به أجده فيه بل الإجماع بقسميه عليه، مضافاً إلى السيرة(١).

ويدلّ عليه مضافاً إلى كفاية العمومات في ذلك أُمور:

منها: مادلّ على جواز اقتراض الوليّ من مال اليتيم، كخبر منصور بن حازم عن أبي عبدالله‌عليه السلام في رجل ولّى مال يتيم أيستقرض منه؟ فقال: «إنّ عليّ بن الحسين‌عليهما السلام قد كان يستقرض من مال أيتام كانوا في حجره فلا بأس بذلك»(٢).

فإنّه وإن كان في مقام بيان جواز الاقتراض إلّا أنّه لمّا كان المصداق العرفيّ الواقع بلا تنبيه من مصادر التشريع يكون منحصراً في صورة تولّي طرفي العقد بنفسه بدون إحضار أحد وإيكال أمره إليه وتولّيه بنفسه من جانب اليتيم لكان اللازم هو التنبيه، فعدمه في مقام لزوم التنبيه حفظاً للغرض دليل على عدم لزوم ذلك.

ولكنّ الإنصاف أنّه يؤيّد ما تقدّم منّا تحقيقه من أنّ الأقوى عدم الاحتياج إلى مجموع القبول والإيجاب وكفاية أحدهما بداعي إعمال السلطنتين، فراجع(٣).

ولايخفى أنّ الخبر المذكور معتبر جدّاً، لنقل الكافي عن أبي عليّ الأشعريّ بسند صحيح، ونقله بسند آخر أيضاً، وبسند ثالث عن أبي الربيع، ونقله الشيخ‌رحمه الله عن ابن محبوب عن خالد بن جرير عن أبي الربيع أيضاً، فراجع الوسائل(٤).

ومنها: مادلّ على جواز تقويم الوالد جارية الولد على نفسه، كخبر ابن سنان، قال: سألته ـ يعني أبا عبدالله‌عليه السلام ـ ما ذا يحلّ للوالد من مال ولده؟ قال: «أمّا إذا أنفق عليه ↖

---

(١) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٥٢٠.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٢٥٨ ح ١ من ب ٧٦ من أبواب ما يكتسب به.

(٣) ص ٨ ـ ١١.

(٤) ج ١٧ ص ٢٥٨ ـ ٢٥٩.

ووكالةً* أو ولايةً من آخر أو وكالةً من الطرفين أو ولايةً منهما أو وكالةً من طرف وولايةً من آخر[١].

ولده بأحسن النفقة فليس له أن يأخذ من ماله شيئاً، وإن كان لوالده جارية للولد فيها نصيب فليس له أن يطأها إلّا أن يقوّمها قيمة تصير لولده قيمتها عليه، قال: ويعلن ذلك»[٢].

ومنها: مادلّ على جواز تناول أُجرة المثل للوصيّ والقيّم مع الحاجة، كصحيح عبدالله ابن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام في قول الله عزّوجلّ: ﴿فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾[٣] قال: «المعروف هو القوت، وإنّما عنى الوصيّ أو القيّم في أموالهم وما يصلحهم»[٤].

فإنّ الأكل من مال اليتيم هو الأخذ من ماله بقصد الصرف في إعاشته، وهو يتوقّف على تمليك وتملّك، وقد مضى تقريب الدلالة في الأمر الأوّل، وقد مضى أنّ الظاهر من الكلّ كفاية إعمال السلطنة بإنشاء فعليّ أو قوليّ واحد من دون الاحتياج إلى الإنشاءين.

جواز تولّي طرفي العقد للوكيل مورد للاختلاف، وفيه أقوال ثلاثة

(*) فيه أقوال كما يستفاد من الشرائع[٥] والجواهر[٦]:

الأوّل: جوازه مطلقاً، نقل عن أبي الصلاح والفاضل في جملة من كتبه وولده في الإيضاح والشهيد في حواشيه واللمعة[٧].

الثاني: عدم الجواز كذلك، نقل عن أبي عليّ والشيخ رحمهما الله في النهاية والخلاف وموضع من المبسوط وابن إدريس في السرائر بل عن غاية المراد نسبته إلى كثير من الأصحاب

---

(١) وسيلة النجاة: ج ٢ ص ٢٣.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٢٦٣ ح ٣ من ب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به.

(٣) سورة النساء: ٦.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٢٥٠ ح ١ من ب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به.

(٥) ج ١ ـ ٢ ص ٢٦٩.

(٦) راجع الجواهر: ج ٢٣ ص ٥٢٥ ـ ٥٢٦.

(٧) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٥٢٥.

إلّا أنّ في الجواهر أنّه لم أتحقّقه[١].

الثالث: التفصيل بين إعلام الموكّل بذلك فيجوز وإلّا لم يجز. نسب إلى ظاهر أكثر المتأخّرين بل عن التذكرة أنّه المشهور[٢]. وهو الّذي اختاره المحقّق في الشرائع[٣] ثمّ قال: فإن أوقع قبل إعلامه وقف على الإجازة.

أقول: **أمّا الأوّل** فهو مقتضى القاعدة كما هو واضح، بل في الجواهر أنّه المشهور نقلاً وتحصيلاً بل الإجماع المنقول ظاهراً عليه[٤].

وأمّا وجه القول الثاني فلعلّ عمدة مدركه موثّق عمّار ـ على ما وصفه في الجواهر[٥] ـ قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة تكون في أهل بيت فتكره أن يعلم بها أهل بيتها أيحلّ لها أن توكّل رجلاً يريد أن يتزوّجها، تقول له: قد وكّلتك فأشهد على تزويجي؟ قال: «لا» قلت له: جعلت فداك وإن كانت أيّماً؟ قال عليه السلام: «وإن كانت أيّماً»، قلت: فإن وكّلت غيره بتزويجها منه؟ قال: «نعم»[٦].

بيان: «الأيّم» كما في المجمع هي فيعل ككيّس: المرأة الّتي لا زوج لها ولا يرغب أحد في تزوّجها. انتهى. وفي النسخة الّتي عندنا من الجواهر: «وإن كانت آئساً»[٧].

وكيف كان، ففي الاستدلال به إشكال من وجوه:

الأوّل: ندرة الفتوى على طبقه كما في الجواهر في باب النكاح[٨].

الثاني: الطعن في سنده كما في الباب المذكور[٩] أيضاً.

أقول: وذلك لأنّ بعض رواته فطحيّ المذهب، لكنّه مصرّح بوثوقه أو عدالته فراجع، ولذا وصف الخبر بالتوثيق في كتاب المتاجر[١٠]. فالإشكال الثاني غير وجيه.

الثالث: أنّ المنساق من الخبر صدراً وذيلاً أنّ مورد السؤال هو الاكتفاء بشهادة

---

(١) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٥٢٥.
(٢) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٥٢٦.
(٣) ج ١ ـ ٢ ص ٢٦٩.
(٤) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٥٣٠.
(٥) ج ٢٣ ص ٥٣٠.
(٦) وسائل الشيعة: ج ٢٠ ص ٢٨٨ ح ٤ من ب ١٠ من أبواب عقد النكاح.
(٧ و ١٠) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٥٣٠.
(٨ و ٩) جواهر الكلام: ج ٣٠ ص ٣٥١.

الزوج على تزويجها من نفسه بحيث لا يطّلع عليه أحد غيره كما هو الظاهر من الصدر؛ ويؤيّد ذلك الذيلُ أيضاً، فإنّه لو كان ملاك الإشكال والمنشأ للسؤال هو تولّي طرفي العقد لواحد لم يكن وجه لما في الذيل من السؤال بقوله: «فإن وكّلت غيره ...»، لوضوح الصحّة، بل الظاهر أنّ وجه السؤال احتمال عدم كفاية الاثنين أيضاً في ثبوت التزويج فأجاب عليه السلام بكفايته.

ويحتمل أن يكون المقصود من الصدر تحقّق التزويج بقولها: «وكّلتك» أي وكّلتك نفسي، أو بمجموع قولها: «وكّلتك» وقولها: «فأشهد على تزويجي». هذا.

مضافاً إلى أنّ عدم جوازه في النكاح لا يدلّ على عدم الجواز في غيره.

وأمّا وجه القول الثالث فهو انصراف التوكيل عن هذا الفرد أو احتماله. فيحتمل عدم رضا الموكّل به إذا لم يعلمه، وأمّا إذا أعلمه فسكوته عنه وعدم نهيه عنه دالّ على الرضا وطيب النفس، وهو كافٍ في صحّة المعاملة.

ويستدلّ له أيضاً ببعض الأخبار:

مثل الحسن أو الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «إذا قال لك الرجل: اشتر لي فلا تعطه من عندك وإن كان الّذي عندك خيراً منه»[1].

وموثّق إسحاق على ما في الجواهر[2] قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يبعث إلى الرجل يقول له: ابتع لي ثوباً فيطلب له في السوق فيكون عنده مثل ما يجد له في السوق فيعطيه من عنده، فقال: «لا يقربنّ هذا ولا يدنّس نفسه. إنّ الله عزّوجلّ يقول: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا ٱلْأَمَانَةَ عَلَى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ وَٱلْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَن يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا ٱلْإِنسَٰنُ إِنَّهُۥ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا﴾[3]، وإن كان عنده خير ممّا يجد له في السوق فلا يعطيه من عنده»[4].

(١) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٨٩ ح ١ من ب ٥ من أبواب آداب التجارة.

(٢) ج ٢٣ ص ٥٢٦.

(٣) سورة الأحزاب: ٧٢.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٨٩ ح ٢ من ب ٥ من أبواب آداب التجارة.

◄ وخبر خالد القلانسيّ، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل يجيئني بالثوب فأعرضه فإذا أُعطيت به الشيء زدت فيه وأخذته. قال: «لا تزده». قلت: ولم ذاك؟ قال: «أليس أنت إذا عرضته أحببت أن تعطي به أوكس من ثمنه؟» قلت: نعم، قال: «لا تزده»[1].

وفي كلا الوجهين ما لا يخفى:

أمّا الأوّل فلأنّ الانصراف ممنوع. وعلى فرض التسليم فالظاهر أنّ ملاك الانصراف عدم وقوع البيع للوكيل، فإنّ المنساق من أكثر عبارات التوكيل أنّ الوكيل مفروض الخروج عن كونه الطرف الآخر في المعاملة ولو بالتوكيل؛ فحينئذٍ لو وكّل الوكيل غيره في قبول المعاملة وأوقع بنفسه من طرف موكّله وقبل الوكيل من قبل الوكيل فوقع البيع للوكيل فالظاهر أنّه مورد للانصراف أيضاً على فرض تسليمه؛ فحينئذٍ لو فرض إطلاق عبارة التوكيل من تلك الجهة المشار إليها فالظاهر عدم القصور في الإطلاق من ناحية تولّي طرفي العقد، فالخلط وقع من حيث تقارن الجهتين في الخارج كثيراً، فوقوع الشراء للوكيل جهة قد تحصل بتولّي واحدٍ كلا طرفي العقد وقد تحصل بتولّي الاثنين كما عرفت في المثال المتقدّم. وتولّي طرفي العقد لواحدٍ جهة أُخرى قد تحصل بوقوع الشراء للوكيل وقد تحصل بوقوعه لغيره كأن يتولّى الوكيل البيع من قبل الموكّل والشراء للمولّى عليه.

ثمّ إنّ مقتضى الوجه المزبور وعدم كفاية صِرف الرضا في صحّة البيع ولزوم احتياجه إلى الإضافة إلى المالك الحاصلة بالإذن أو الإجازة: عدم كفاية الإعلام الواقع بعد التوكيل إلّا مع إذنه بعد الإعلام. نعم، الإعلام قبل الوكالة والتوكيل مبنيّاً على قبول ما أعلمه الوكيل صريح في إطلاق التوكيل.

وأمّا الثاني فموضوع الخبرين الأوّلين الإعطاء من ماله ولو بأن يبيع الوكيل من قبل نفسه ويشتري المشتري وليس مربوطاً بتولّي طرفي العقد من جانب واحد كما ربما يومئ إليه خبر ميسر، قال: قلت له: يجيئني الرجل فيقول: تشتري لي ويكون ما عندي خيراً من متاع السوق؟ قال: «إن أمنت أن لا يتّهمك فأعطه من عندك، وإن خفت أن ◄

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٩١ ح ١ من ب ٦ من أبواب آداب التجارة.

وكذا الوصيّ يتولاّهما(١)*.

◄ يتّهمك فاشتر له من السوق»(٢).

فإنّه ظاهر بل صريح في تقوّم ملاك النهي بالإعطاء من المال الّذي عنده مع عدم اقتراح المشتري ذلك وأنّه في مظانّ الاتّهام.

مع أنّه لو كان متعلّق النهي البيع من قبل نفسه والشراء من قبل الموكّل فليس ظاهراً في أنّ المنهيّ هو جهة تولّي طرفي العقد من طرف واحد، بل النهي يعمّ صورة أن يوقع البيع ـ مثلاً ـ خادمه وكالةً عنه ويشتري بنفسه لموكّله كما هو واضح، وينادي به الخبر الثاني الّذي هو صريح في أنّ المنهيّ هو الأمر الّذي ينافي التحفّظ على الأمانة، وصِرف تولّي طرفي العقد لواحد غير منافٍ للأمانة، بل المستفاد من ذيل الثاني عدم بأس بالبيع المذكور لو لم يكن منافياً لحفظ الأمانة مع أنّه يتولّى العقد بنفسه بحسب المتعارف فيدلّ على عكس المطلوب، فتأمّل.

وأمّا الخبر الثالث فالتعليل صريح في أنّه ليس ملاك النهي تولّي طرفي العقد من جانب واحد.

وعلى فرض كون المنهيّ هو الحيث المزبورفعلى خلاف المطلوب أدلّ، إذ يدلّ على عدم البأس عند فقد العلّة المذكورة في ذيل الخبر، بل دلالته على جواز تولّي طرفي العقد من جانب واحد على كلّ حال واضح، فإنّ المتعارف تولّي العقد لنفسه بنفسه، بل الظاهرعدم الإيجاب والقبول في المورد، بل ظاهره وقوع المعاملة بصِرف الأخذ لنفسه.

فتحصّل من جميع ذلك جواز تولّي طرفي العقد للوكيل أيضاً كالوليّ.

جواز تولّي طرفي العقد للوصيّ

(*) **قال**؛ في الشرائع: والتردّد في تولّيه لطرفي العقد كالوكيل(٣). ◄

---

(١) قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٢١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٩٠ ح ٤ من ب ٥ من أبواب آداب التجارة.

(٣) شرائع الإسلام: ج ١ ـ ٢ ص ٢٦٩.

◄ قــال ﷺ في الجواهر: بل هو أولى منه (أي في الحكم بجواز التولّي على الإطلاق) باعتبار كونه وليّاً، وماورد[١] من أنّ له أن يحجّ عن الموصي في صورةٍ[٢].

أقول: ما ذكره وجهاً للأولويّة من كونه وليّاً منظور فيه، لأنّ عمدة وجه عدم جواز التولّي في الوكيل هو انصراف عبارة التوكيل المشترك في ذلك الوصيّ أيضاً، بخلاف الوليّ المعلوم كون الملاك مراعاة مصلحة المولّى عليه الّذي لافرق فيه بين أن يتولّى طرفي العقد بنفسه وغيره، فتأمّل.

لكن لو كان الوجه مثل خبر عمّار وغيره فالأولويّة صحيحة، فتأمّل.

وما أُشير إليــه من الخبر لعلّه مكاتبة عمرو بن سعيد الساباطيّ إلى أبي جعفر عليه السلام يسأله عن رجل أوصى إليه رجل أن يحجّ عنه ثلاثة رجال، فيحلّ له أن يأخذ لنفسه حجّة منها، فوقّع بخطّه وقرأته: «حجّ عنه إن شاء الله، فإنّ لك مثل أجره، ولا ينقص من أجره شيء إن شاء الله»[٣].

وجه الدلالة أنّه لو كان أخذ واحدة منها لنفسه محتاجاً إلى إيقاع معاملة الإجارة أو الجعالةمن شخصين لوجب التنبيهعليه في هذا المقام الّذي لايرجع إلى الغيرقطعاً إلّا مع التنبيه عليه،بل المستفاد منه ـ كما نبّهناعليه فينظائره ـ عدم الاحتياج إلىالعقد المركّب من الإيجاب والقبول، بل صِرف الأخذ لنفسه بقصد العمل بالوصيّة بمنزلة استيجار الغير أو أمره بإيقاع الحجّ وقبول ذلك، ولايخفى أنّ عدم التنبيه على لزوم الإنشاء اللفظيّ دليل على صحّة الأخذ العمليّ الّذي هو بمنزلة المعاطاة في الإجارة أو الجعالة، فتأمّل.

ثمّ إنّه تدلّ على المطلوب أيضاً مكاتبة الهمدانيّ، قال: كتبت مع محمّد بن يحيى: هل للوصيّ أن يشتري من مال الميّت إذا بيع في من زاد، يزيد ويأخذ لنفسه؟ فقال: «يجوز إذا اشترى صحيحاً»[٤].

(١ و٣) راجع وسائل الشيعة: ج ١١ ص ٢١٠، الباب ٣٦ من أبواب النيابة في الحجّ.

(٢) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٥٣٢.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ٤٢٣، الباب ٨٩ من كتاب الوصايا.

ويجوز للجميع تولّي طرفي العقد إلاّ الوكيل والمقاصّ[١] *.

تقريب الدلالة ما تقدّم في المكاتبة السابقة.

فحكم المسألة في جميع الصور واضح بحمدالله تعالى إلّا أنّه لاينبغي ترك الاحتياط في النكاح، خصوصاً إذا كان المتولّي لإجراء صيغته هو الزوج، خصوصاً مع عدم إشهاد أحد عليها، وذلك لما تقدّم من خبر عمّار[٢].

تولّي طِرفي العقد للمقاصّ

(*) **قال الشارح**: والأقوى كونهما كغيرهما، وهو اختياره في الدروس، لعموم الأدلّة وعدم وجود ما يصلح للتخصيص[٣].

أقول: المستفاد من الأخبار الواردة في التقاصّ[٤] جواز الأخذ لنفسه، وأفتوا أيضاً بجواز بيعه من غيره وأخذ ثمنه تقاصّاً، أمّا جواز بيعه من نفسه وتملّك ثمنه تقاصّاً فهو خارج عنها، فإنّه لا يتعلّق به غرض نوعاً، لأنّ نتيجة البيع من نفسه والتقاصّ من الثمن هو أخذعين المال تقاصّاً. نعم، قد يتعلّق الغرض بخصوص البيع كأن يفرض كون الأخذ تقاصّاً لازماً، ولكن يمكن في البيع جعل الخيار لنفسه ويطالب بذلك ملكه الأصليّ أو عوضه من الغاصب، فتدبّر.

وكيف كان، فقد ظهر ممّا ذكرنا أنّ عدم جواز البيع من تلك الجهة غير مربوط بعدم جواز تولّي طرفي العقد لشخص واحد من حيث هو كذلك، فإنّ البيع المذكور لايصحّ ولو وقع من الاثنين بالوكالة من المقاصّ، لا أنّه صحيح ولكن لابدّ من تعدّد المتولّي لإجراء الصيغة، فتأمّل.

(١ و٣) راجع شرح اللمعة الدمشقيّة: الفصل الثاني في عقد البيع من كتاب المتاجر.

(٢) في ص ٨٠.

(٤) راجع وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٢٧٢، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به.

المسألة الثانية عشر: لايجوز تعليق البيع على شيء غير حاصل حين العقد، سواء علم حصوله في ما بعد أم لا، ولا على شيء مجهول الحصول حينه*.

لايجوز التعليق في البيع

(*) تحقيق المسألة وتوضيح حكمها يتمّ بعون الله تعالى في طيّ أُمور:

الأوّل: مقتضى ما نقل عن العلّامةﷺ: الإجماع على عدم صحّة الوكالة المعلّقة، ومقتضى ما نقل عن فخرالدين في شرح الإرشاد في باب الوكالة: أنّ تعليق الوكالة على الشرط لايصحّ عند الإماميّة، وكذا غيره من العقود لازمةً كانت أو جائزة، وعن تمهيد القواعد الإجماع عليه، وعن ظاهرالمسالك في الوقف الاتّفاق على اشتراط التنجيز[١]؛ ولذا قالﷺ في الجواهر بعد قول المحقّق «ومن شرطها ـ أي الوكالة ـ أن تقع منجّزة»: كغيرها من العقود، بلاخلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، لمنافاته مقارنة ترتّب المسبّب علي السبب المستفاد ممّا دلّ على تسبيب العقود[٢]. وقال الشيخ الأنصاريّﷺ في المكاسب بعد نقل ما أشرنا إليه من نقل الإجماعات: وبالجملة فلا شبهة في اتّفاقهم على الحكم[٣]. هذا.

ولكنّ الإجماع المذكور موهون بأُمور:

منها: عدم التعرّض لاشتراط التنجيز حتّى في باب الوكالة الّذي هو محلّ التعرّض له في المقنعة والمراسم والكافي والنهاية والوسيلة وفقه الراونديّ والجامع على ما أشار إليه السيّد الماجد في كتاب الوكالة[٤]. وحينئذٍ كيف يحصل الوثوق بالإجماع بحيث يطمأنّ بأنّ رأي الصدوق والسيّدﷺ ـ مثلاً ـ اعتبار التنجيز.

(١) راجع المكاسب: ج ٣ ص ١٦٢ ـ ١٦٣.

(٢) جواهر الكلام: ج ٢٨ ص ٦٥٧ ـ ٦٥٨.

(٣) المكاسب: ج ٣ ص ١٦٤.

(٤) راجع مفتاح الكرامة: ج ٢١ ص ٢١.

ومنها: أنّ المنقول عن الكفاية أنّ اعتبار التنجيز في الوكالة هو المشهور وأنّه غير مرتبط بدليل واضح(١).

ومنها: أنّ التصريح بالإجماع إنّما هو في الوقف والوكالة؛ وأمّا المنقول عن الفخر في شرح الإرشاد فغير صريح في أنّ معقد الإجماع مطلق العقود، لأنّ قوله: «وكذا» بعد دعوى الإجماع يحتمل أن يكون ناظراً إلى عدم صحّة التعليق لا تحقّق الإجماع.

ومنها ـ وهو العمدة في الوهن ـ: استدلال القائلين باعتبار التنجيز بأُمور اعتباريّة، وهو كاد أن يكون صريحاً في عدم دليل تعبّديّ على بطلان العقد المعلّق:

فالعلّامة قد علّل المنع بأنّه منافٍ للجزم حال الإنشاء كما حكاه في المكاسب(٢).

وعن الشهيد في القواعد التعليل بأنّ الانتقال بحكم الرضا، ولا رضا إلّا مع الجزم، والجزم ينافي التعليق(٣).

وعن الشهيد والمحقّق الثانيين التعليل بأنّ التعليق ينافي الإنشاء(٤).

وفي مفتاح الكرامة عن الخلاف والمبسوط التعليل بأنّه لا دليل على الجواز والصحّة إذا لم تكن منجّزة، وأنّه مع التعليق يؤول إلى التوكيل بعد زمان التوكيل، ومن شرط صحّتها قدرة الموكّل عند التوكيل(٥).

ولايخفى أنّ الاستدلال بعدم الدليل صريح في عدم الدليل الصريح على الاشتراط وإلّا كان دليلاً على البطلان.

والحاصل أنّ عدم حجّيّة مثل الإجماع المذكور ممّا هو مقطوع عندي، فلا مانع في المسألة من جهة الإجماع المنقول المتقدّم أصلاً.

الثاني: في تعليق الإنشاء سواء كان في العقود أو الإيقاعات أو الأوامر إشكال لابدّ من حلّه، فإنّه لايمكن إنكار ذلك عقلاً والحكم باستحالته، فإنّ الواجب المشروط والوصيّة وأمثال ذلك واقعة في الخارج.

---

(١) راجع مفتاح الكرامة: ج ٢١ ص ٢٠.

(٢) ج ٣ ص ١٦٤.

(٣ و ٤) راجع المكاسب: ج ٣ ص ١٦٥.

(٥) مفتاح الكرامة: ج ٢١ ص ٢٢.

◄ وتقريب الإشكال المشار إليه أنّ تعليق الإنشاء على أمر فعليّ مشكوك الحصول وعلى أمر استقباليّ مطلقاً مستلزم لعدم الإنشاء على تقدير عدم حصول المعلّق عليه، لأنّه مقتضى التعليق وكون المنشأ والإنشاء أمراً واحداً حقيقةً، فلا يمكن أن يقال: إنّ الإنشاء حاصل فعلاً والمنشأ معلّق، لأنّ تعليق المنشأ عين تعليق الإنشاء، فإنّ نسبة الأوّل إلى الثاني هي نسبة الوجود إلى الإيجاد؛ وعدم تحقّق الإنشاء عين عدم تحقّق الاستعمال، لأنّ الاستعمال ليس إلّا على سبيل الإنشاء.

والحاصل: أنّ تعليق المنشأ عين تعليق الإنشاء،وهوعين تعليق الاستعمال،ومقتضاه: عدم تحقّق الاستعمال إلّا في صورة تحقّق المعلّق عليه، لأنّه مقتضى التعليق، وهو ضروريّ البطلان فالتعليق باطل لامحالة.

وحلّ الإشكال أن يقال: إنّ الإنشاء والمنشأ غير معلّق بلحاظ وجوده الذهنيّ، فالإنشاء موجود في الذهن وجد المعلّق عليه أو لم يوجد، والتعليق بلحاظ حكايته عن الخارج، فالمنشئ ينشئ الملكيّة بلحاظ تحقّقها في الخارج بتحقّقها الاعتباريّ معلّقاً بموته ـ مثلاً ـ ولكنّ الملكيّة المعلّقة بلحاظ الخارج موجودة في الذهن فعلاً، فتدبّر فإنّه حقيق به وبالتصديق، وهو وليّ التوفيق.

الثالث: يمكن أن يشكل صحّة المعاملة في صور التعليق على مجهول الحصول من الماضي أو الحال أو الاستقبال، من جهة الغرر والجهالة.

ولكن يدفع بما خلاصته أنّ مادلّ على شرطيّته في البيع أمران:

أحدهما: عدم الغرر، ولعلّ المتيقّن من معناه إيقاع الشخص ماله في الخطر من حيث عدم وصول عوضه إليه أو عدم كونه متّصفاً بالوصف المطلوب أو الوزن المترقّب.

ثانيهما: العلم بالعوضين من حيث الجهات الدخيلة في الماليّة من الوزن والكيل والعدد والأوصاف في الجملة، فإنّه شرط بمقتضى الأخبار ولو لم يكن خطر في البين، والأمران حاصلان في التعليق على المجهول أيضاً، فكما أنّ تمليك العين معلّق كذا تملّك العوض معلّق أيضاً فلا خطر لأحد الطرفين، والعوضان معلومان أيضاً، فلا وجه للبطلان من جهة الجهل والغرر.

وأمّا تعليقه على معلوم الحصول حينه ـ كما إذا قال: «بعتك إن كان اليوم يوم السبت» مع العلم به ـ ففيه إشكال* لا يبعد الجواز.

بطلان البيع إذا كان التعليق في أحد طرفي المعاملة وحكم ضمّ الضميمة في هذه الصورة

ومنه يظهر بطلان المعاملة لذلك إذا كان التعليق في أحد طرفي المعاملة بأن يبذل المشتري الثمن مطلقاً في قبال تملّك العين على بعض التقادير مجهول الحصول، فإنّه غرر منهيّ عنه. وفي صحّته حينئذٍ بضمّ الضميمة منجّزة بأن يتملّك شيئاً منجّزاً وشيئاً آخر معلّقاً بثمنٍ منجّزٍ معلومٍ وجهٌ لكنّها مشكلة جدّاً.

حكم صور التعليق على أمر معلوم الحصول في الحال

(*) لا إشكال فيه إلّا إطلاق بعض معاقد الإجماعات كإطلاق معقد الإجماع المتقدّم نقله عن الفخرﷺ[(١)] في شرح الإرشاد مع أنّه موهون ـ مع قطع النظر عمّا تقدّم ـ بعدم مجيء التعليلات المتقدّم نقلها[(٢)]: من منافاة التعليق للإنشاء، ومنافاته للجزم، ومنافاته للجزم بالرضا، ولزوم كون المسبّب مقارناً للسبب زماناً كما أشار إليه صاحب الجواهر في كلامه المتقدّم نقله[(٣)]، وبأنّ المنقول من كلام المحقّق والعلّامة والشهيدين والمحقّق الثاني والصيمريّ وعن المبسوط والإيضاح صحّة البيع في الصورة المذكورة[(٤)]، بل قال الشيخ المحقّق الأنصاريّﷺ لم يوجد في ذلك خلاف صريح ولذا ادّعى في الرياض في باب الوقف عدمَ الخلاف فيه صريحاً[(٥)].

ولعمري إنّ الإشكال في أصل مبطليّة التعليق ضعيف جدّاً فكيف بالصورة المبحوثة. والله العالم.

---

(١) في ص ٨٦. (٢) في ص ٨٧. (٣) في ص ٨٦.

(٤ و ٥) المكاسب: ج ٣ ص ١٦٧.

المسألة الثالثة عشر: لو قبض المشتري ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه وكان مضموناً عليه، بمعنى أنّه يجب عليه أن يردّه إلى مالكه. ولو تلف ولو بآفة سماويّة يجب عليه ردّ عوضه من المثل أو القيمة*.

المحصّل من التكلّم في المسألة صحّة جميع صور التعليق إلّا التعليق من جانب واحد ↙

والحاصل ممّا ذكرناه: أنّ التعليق بأقسامه غير مضرّ بصحّة البيع، لعدم المانع، لأنّ المانع المتوهّم أُمور ثلاثة كلّها مندفعة:

الأوّل: الإجماع، وقد عرفت وهنه.

الثاني: عدم إمكان التعليق في الإنشاء، وقد عرفت إمكانه.

الثالث: إشكال الغرر والجهالة، وقد عرفت دفعه أيضاً. نعم، يحكم بالبطلان في بعض الصور لمكان الغرر. والله العالم.

لو قبض المشتري ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يحصل الملكيّة له

(*) لايخفى أنّ المترتّب على الموضوع المفروض في المسألة أحكام:

الأوّل: أنّه «لم يملكه»، وهو واضح بعد وضوح أمرين:

أحدهما: فرض الفساد في البيع الّذي هو عين عدم كونه مملّكاً.

ثانيهما: عدم كون القبض والإقباض الواقعين مبنيّين على البيع الفاسد بالفرض بيعاً شرعاً وعرفاً. ولا يحتمل التعبّد بملكيّة القبض والإقباض المذكورين، لأنّه لو كان من الأحكام الشرعيّة التعبّديّة على خلاف بناء العقلاء الحكم بها من الشارع لاشتهر وبان، فحصول الملكيّة بصِرف ما ذكر غير محتمل حتّى يرجع إلى الأصل.

وممّا ذكرنا يظهر أنّ التعليل للحكم المذكور بأنّه مقتضى فرض الفساد كما في ↖

المكاسب[١] وبالأصل كما في الجواهر[٢] منظورٌ فيه.

وجه النظر في الأوّل أنّ صِرف فرض فساد البيع لايكفي في الحكم بعدم حصول الملكيّة، بل لابدّ من إثبات عدم مملّكيّة القبض الواقع مبنيّاً عليه أيضاً.

ووجه النظر في الثاني أنّ عدم مملّكيّة القبض والإقباض بعد وضوح عدم كونهما مصداقين للبيع والشراء واضح، فلا يحتمل تحقّق الملكيّة للقابض حتّى يرجع إلى الأصل كما أنّ صِرف الرضا بالملكيّة خصوصاً إذا كان مقيّداً بالصحّة لا يحقّق الملكيّة للجانبين.

وجوب الردّ إلى مالكه

الثاني: ما أشار إليه بقوله: «أنّه يجب عليه أن يردّه إلى مالكه».

ومحصّله وجوب الردّ إذا لم يكن كلّ منهما راضياً بتصرّف الآخر ولو على تقدير الفساد.

وما يستدلّ به على وجوب الردّ في الجملة أُمور:

الأوّل: أنّ الإمساك تصرّف وهو حرام، فيجب الردّ تخلّصاً من الإمساك الحرام.

الثاني: مارواه في الوسائل عن الكافي في الصحيح أو الحسن عن العبد الصالح عليه السلام: «وله صوافي الملوك ما كان في أيديهم من غير وجه الغصب،لأنّ الغصب كلّه مردود»[٣].

فإنّ الاستيلاء على مال الغير بدون إحراز رضاه في الفرض الواقع بدون الحقّ هو غصب، لأنّه ليس إلّا ذلك.

الثالث: النبويّ المشهور: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي»[٤].

والإيراد عليه بـ«عدم صحّةالسند وأنّ انجباره باستناد الأصحاب إليه غيرمعلوم»

(١) ج ٣ ص ١٨٠. (٢) ج ٢٣ ص ٤١٥.

(٣) وسائل الشيعة: ج ٩ ص ٥٢٤ ح ٤ من ب ١ من أبواب الأنفال.

(٤) عوالي اللآلئ: ج ١ ص ٣٨٩ ح ٢٢.

ممكن الدفع بملاحظة أُمور:

منها: استناد الشيخ﴿ره﴾ إليه في كتاب الغصب من الخلاف[1] في مسألة تغيير الغاصب المال المغصوب ناقلاً إيّاه عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبيّ﴿ص﴾.

ومنها: استدلال أبي المكارم بن زهرة في الغنية به في المسألة المزبورة[2].

ومنها: استدلال المتأخّرين به كالشهيد في عدّة مواضع.

ومنها: أنّ عنوان اليد مشهور في كتب الأصحاب، والتعبير عن التسلّط باليد يشعر بالاستناد إليه، فمجموع الأمور المذكورة لعلّه موجب للاطمينان بصدوره عنه﴿ص﴾.

وتقريب دلالته عليه بوجهين:

أحدهما: أنّ الظاهر منه جعل جميع الأحكام المناسبة الّتي يحتمل تعلّقها باليد من ناحية أخذ مال الغير، وإلّا لزم الإهمال، لعدم المتيقّن، فلا يمكن أن يقال: إنّ الضمان هو المتيقّن. ولعلّه يجيء تحقيق ذلك إن شاء الله تعالى في مبحث ضمان القابض المال المقبوض بالعقد الفاسد.

ثانيهما: أنّ الظاهر المستفادمنه عرفاً أنّ المال في عهدة اليد ذاتاً ووصفاً، ومن الأوصاف كون المال تحت سلطنة المالك، فالوصف المذكور في عهدتها فيجب عليها التدارك.

ومنها: لزوم الضرر على المالك في بعض الموارد، وهو ما إذا تمكّن القابض من الردّ ولم يكن المالك متمكّناً من الاسترداد بنفسه بسهولة، فإنّ عدم الردّ حينئذٍ والحكم بجوازه شرعاً ضرر على المالك،فالجواز محكوم بالانتفاء، وهو مستلزم لكون المجعول وجوب الردّ على القابض.

وممّا ذكرنا يظهر وجوب الردّ حتّى في مورد عدم كون المال تحت تصرّف الغاصب كالمسروق أو الملقى في البادية مع فرض سهولة استيلاء المالك على المال بحيث لا يكون ضرر على المالك ولا حرج عليه،فإنّ وجه وجوب الردّ في هذا المورد هو النبويّ﴿ص﴾.

---

(١) ج ٣ ص ٤٠٨.

(٢) راجع غنية النزوع: ص ٢٨٠.

◄ ويحتمل جواز التمسّك بخبر الحلبيّ المتقدّم[١]، من جهة كون الموضوع هو الّذي حصل فيه الغصب ولم يردّ إلى مالكه وإن لم يكن بالفعل مصداقاً لعنوان الغصب والمغصوب كما يظهر من مورده، فتأمّل.

في الضمان ولو تلف بآفة سماويّة

الثـالث: ما أشار إليه بقوله: «ولو تلف ولو بآفة سماويّة يجب عليه ردّ عوضه من المثل أو القيمة».

أقول: هنا مقامان:

الأوّل: في إثبات الضمان ووجوب ردّ البدل على القابض في الجملة.

الثاني: في أنّ العوض في المثليّ هو المثل وفي القيميّ هو القيمة.

أمّا المقام الأوّل ـ وهو الضمان ـ فهو المعروف.

وفي المكاسب عن الشيخ‏ﷺ الإجماع عليه صريحاً، وتبعه في ذلك فقيه عصره في شرح القواعد. وفي السرائر: أنّ البيع الفاسد يجري عند المحصّلين مجرى الغصب في الضمان، وفي موضع آخر نسبه إلى أصحابنا[٢].

وقال‏ﷺ في الجواهر: بلاخلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه[٣].

أقول: ما يمكن أن يستدلّ به عليه يلخّص في أُمور:

الأوّل: مادلّ على ضمان المغصوب، كصحيح أبي ولّاد، وفيه فقلت له: أرايت لو عطب البغل ونفق أليس كان يلزمني؟ قال: «نعم، قيمة بغل يوم خالفته» قلت: فإن أصاب البغل كسرٌ أو دبرٌ أو غمزٌ؟ فقال: «عليك قيمة ما بين الصحّة والعيب يوم تردّه عليه»[٤].

تقريب الاستدلال بذلك: أنّه بعد أنّ المفروض فساد البيع وعدم إحراز الرضا وعدم ◄

---

(١) لم يتقدّم ذلك الخبر.

(٢) المكاسب: ج ٣ ص ١٨٠.

(٣) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٤١٦.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ١١٩ ح ١ من ب ١٧ من كتاب الإجارة.

◄ تأثير التسليط المبنيّ على البيع الفاسد يكون المقبوض من أفراد المغصوب حقيقةً، بل يمكن أن يقال: إنّه إذا حكم بالضمان في مورد احتمال الرضا ولو ببذل خمسة عشر درهماً أو الذهاب إلى القاضي بعد الرجوع مع وقوع التسليط المبنيّ على العقد الصحيح فالضمان في المورد الّذي لا يكون تسليطه إلّا مبنيّاً على العقد الفاسد أولى، خصوصاً مع فرض التسليط بمقدار المسير إلى قصر بني هبيرة ذاهباً وجائياً، ودخالة خصوصيّة المكان في نظره بعيدٌ جدّاً، فتأمّل.

وكيف كان، فالاستدلال به على المطلوب لايخلوعن وجه وجيه،خصوصاً بملاحظة أنّ المناسبة بين الحكموالموضوع تقتضي ثبوت الحكملجميع ما يصدق عليهالمغصوب.

مع أنّ قوله في الذيل: «لأنّك غاصب» مشعر بأنّ الحكم من حيث الغصب فراجع وتأمّل.

ثمّ إنّه بعد ذلك فالاستدلال به لضمان العين من وجوه:

منها: التصريح بالضمان في قوله: «نعم».

ومنها: الحكم بضمان المنافع المستلزم لضمان العين بالأولويّة في صورة الإتلاف إن كان مفاده ضمان المنافع المستوفاة، وإن كان المقصود هو الأعمّ فيدلّ على ضمان العين في كلتا صورتي التلف والإتلاف.

ومنها: الحكم بضمان وصف الصحّة المستلزم لضمان العين بالأولويّة.

الثاني: النبويّ المتقدّم[1]، وقد مرّ[2] أنّ ضعف سنده منجبر بعمل الأصحاب.

وأمّا بيان دلالتهعلى الضمان فهو أنّه لايمكن أن يقال:إنّهمجمل أو مهمل ولايستفاد منه إلّا لزوم شيء على القابض من غير تعيين، وحيث لا قرينة في البين على التقيّد بشيء فاللازم هو الأخذ بالإطلاق.

وتقريبه أن يقال: إنّه كما لو كان المفاد بعكس الحديث وكان المفاد أنّ يد المالك على المال ـ مثلاً ـ أو كان المفاد هو المعنى الاسميّ بأن يقال:إنّ المالك مسلّط على ◄

---

(١) في ص ٩١.

(٢) في ص ٩٢.

↲ماله أو يد المالك مسلّط على ماله فلا شبهة في أنّ المستفاد منه الإطلاق وأنّه للمالك التسلّط بجميع الأنحاء المناسبة كذلك العكس بأن جعل المال مسلّطاً على اليد كما هو المستفاد من الحديث، فإنّ مقتضاه الإطلاق وأنّ جميع الأحكام المناسبة لأخذ مال الغير من غير حقّ مجعولة على اليد الآخذة. ولا شبهة في أنّ من أظهر الآثار المناسبة للجعل بالنسبة إلى اليد القابضة هو الضمان.

ومنه يظهر أنّه لو فرض الإجمال أو الإهمال أو الانصراف إلى أظهر الأحكام المناسبةللجعل لدلّ على الضمان، إذ صرف النظر عنه وجعل المنظور من الكلام المطلق بعض الأحكام الأُخرى ـ كوجوب الردّ ووجوب الحفظ ـ بعيدٌ بنظر العرف. هذا.

مع أنّه لو ادّعي اختصاصه بما ذكر فليس إلّا من جهةادّعاء كون الظاهر هو الأحكام والآثار الفعليّة المترتّبة على المال الموجود، والضمان بصفة الفعليّة لايتصوّر إلّا بعد التلف، وحينئذٍ يقال:لاقصور في دلالته على ضمان المنافع المتلفة والتالفة وعلى ضمان الأوصاف الدخيلة في الماليّة،فإذا دلّ على ذلك دلّ على ضمان العين بالأولويّة القطعيّة.

والحاصل: أنّ دلالة الحديث على الضمان بحسب الظاهر واضحة، ولايحتاج إلى تكلّف تصوير أمر آخر وراء الضمان، وهو العهدة الّتي لاتخلو عن بعض الإشكالات. ولاوجه لادّعاء اختصاصه بالضمان الّذي هو أمر تعليقيّ، بل مفاده بحسب الظاهر جعل جميع الآثار المناسبةلأخذ مال الغير وكون المال على يده:فمنه وجوب الردّ كماعرفت. ومنه وجوب الحفظ من الضياع ومن التلف ولو كان محتاجاً إلى المؤونة كتعليف الدابّة كما أُشير إليه في صحيح الحنّاط المتقدّم[1] بعض فقراته. ومنه ضمان المنافع التالفة والمتلفة. ومنه ضمان فقد الصفات الدخيلة فيالماليّة.ومنهضمان نفس العين على تقدير تلفه. ولقد فصّلنا القول في ذلك في التعليق على المكاسب. والحمدلله ربّ العالمين.

الثالث: ما استدلّ به صاحب الجواهر ﷺ للضمان بقوله: «وتسلّط الناس على أموالهم الّتي في أيدي غيرهم، سواء كانت موجودةً أو تالفةً»[2]. ↰

(١) في ص ٩٣.

(٢) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٤١٧.

أقول: المال التالف الّذي لايعتبر وجوده عند العقلاء لايكون موضوعاً لقاعدة السلطنة على الأموال كما هو واضح، واعتباره متوقّف على الضمان، ولو كان الضمان من جهة السلطنة على المال الّذي لابدّ من اعتبار وجوده بضمان بدله لزم الدور الواضح.

الرابع: ما أشار إليه الشيخ الأنصاريّ بقوله: «ويدلّ على الحكم المذكور أيضاً قولهعليه السلام في الأمة المبتاعة ...»[١].

أقول: يشير بذلك إلى صحيح جميل أو الحسن بإبراهيم عن بعض أصحابنا عن أبي عبداللهعليه السلام في رجل اشترى جارية فأولدها فوجدت الجارية مسروقة، قال: «يأخذ الجارية صاحبها ويأخذ الرجل ولده بقيمته»[٢].

ويدلّ عليه غيره أيضاً[٣].

تقريب الاستدلال: ما قاله بقوله: «فإنّ ضمان الولد بالقيمة ـ مع كونه نماءً لم يستوفه المشتري ـ يستلزم ضمان الأصل بطريق أولى، فليس استيلادها من قبيل إتلاف النماء، بل من قبيل إحداث نمائها غير قابل للملك، فهو كالتالف لا كالمتلَف، فافهم»[٤].

وفيه **أوّلاً:** أنّه في مورد الرواية لم يقع استيلاء من المالك، بخلاف المقبوض بالعقد الفاسد، ولم يثبت كون الحكم لمطلق المغصوب.

وثانياً: أنّ إيجاد النماء غير قابل لتملّك المالك، وقع باختياره ويكون مستنداً إليه، فمن تلك الجهة يشبه الإتلاف فلا يمكن قياس التلف السماويّ به.

وثالثاً: لعلّ الملاك في الضمان هو الاستيفاء من مال الغير والانتفاع به ولو بصيرورة المشتري ذا ولدٍ حرٍّ كان صالحاً لأن يصير مملوكاً لصاحب الجارية.

الخامس: مادلّ على حرمة مال المسلم وعدم حلّه بدون رضاه:

---

(١) المكاسب: ج ٣ ص ١٨١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٢١ ص ٢٠٤ ح ٣ من ب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٣) راجع وسائل الشيعة: ج ٢١ ص ٢٠٣، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٤) المكاسب: ج ٣ ص ١٨١.

◄ مثل ما في الوسائل من المجالس والأخبار للشيخ بالسند المذكور في آخر الوسائل[١] عن أبي ذرّ عن النبيّ في وصيّة له: «وحرمة ماله كحرمة دمه»[٢].

وما عن الكافي في الصحيح أو الحسن بإبراهيم عن أبي عبدالله «أنّ رسول الله وقف بمنى حين قضى مناسكها في حجّة الوداع ـ إلى أن قال: ـ فإنّ دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا ـ إلى أن قال: ـ ألا من كانت عنده أمانة فليؤدّها إلى من ائتمنه عليها، فإنّه لايحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلّا بطيبة نفسه ...»[٣].

وهو الّذي استدلّ به الشيخ الأنصاريّ على ضمان المنافع المستوفاة[٤].

لكن في دلالتها على الضمان حتّى في مورد الإتلاف نظر، من جهة أنّ الحرمة من الحريم، والظاهر أنّها كناية عن التجنّب عن مال المسلم ودمه فهو أجنبيّ عن الضمان.

إلّا أن يقال: إنّ التشبيه بحرمة اليوم والشهر دليل على أنّ المقصود ليس خصوص التجنّب، بل المقصود هو الاحترام ومراقبة أحكامه المناسبة له. ويؤيّده التشبيه بحرمة الدم مع أنّه لا إشكال في الضمان فيه، فإتلافه بدون أداء العوض ولو من غير عمد خلاف الاحترام.

ويمكن أن يقال: إن عدم أداء البدل في المال الّذي لم يرض المالك بالتسليط عليه إلّا بالعوض منافٍ للاحترام المأمور به.

لكنّه غير واضح.

ويمكن أن يقال: إنّ مثل الخبرين ليس في مقام التشريع وأنّه يجب مراعاة ما هو احترام مناسب للمال والدم حتّى يتمسّك بإطلاقه كما هوكذلك بالنسبة إلى اليوم والشهر والبلد المشار إليها، بل المقصود هو الإرشاد إلى الأحكام المعلومة عند المتشرّعة ◄

---

(١) ج ٣٠ ص ١٤٣، رقم ٤٩.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٢ ص ٢٨٠ ح ٩ من ب ١٥٢ من أبواب أحكام العشرة.

(٣) وسائل الشيعة: ج ٢٩ ص ١٠ ح ٣ من ب ١ من أبواب القصاص في النفس.

(٤) راجع المكاسب: ج ٣ ص ٢٠١.

↲وتأكيد مراقبة ما جعل من الأحكام بالنسبة إلى الأموال والدماء، فتأمّل.

وكيف كان، فقد عرفت أنّ عمدة الدليل على الضمان في صورة التلف هو الأوّلان.

ويوضحه أنّ المستفاد من تتبّع كلمات الأصحاب أنّ ضمان اليد في مقابل الإتلاف من الواضحات. والمستفاد من الصحيح المتقدّم[١] بعض فقراته أنّ الضمان باليد غير المستحقّة كان مسلّماً عند المسلمين بين الخاصّة والعامّة، وعليه بنى أبوحنيفة فيما أفتى به من سقوط الكراء، والإمامعليه السلام قد صدّقه في المبنى وخالفه في البناء. ومن المعلوم عدم الفرق في نظر العرف بين أفراد المال الّذي لايستحقّ التصرّف فيه الّذي هو عبارة أُخرى عن المغصوب، ألا ترى من نفسك التردّد في إجراء أحكام المغصوب بالنسبة إلى المال الّذي قد أُخذ برضا المالك خيانةً، كالأخذ من الأعمى بعنوان كونه ابنه أو صديقه من جهة وقوع التسليط التوأم مع الرضا، وأيّ فرق بين التسليط في المثال والتسليط المبنيّ على فساد العقد المفروض عدم تأثيره في المبحوث عنه، فالضمان في المسألة المفروضة واضح. والله أعلم.

هذا كلّه الكلام في المقام الأوّل.

وأمّا المقام الثاني ـ وهو الضمان في المثليّ بالمثل وفي القيميّ بالقيمة وتعريف المثليّ والقيميّ ـ فأقول ومنه التوفيق: توضيح الكلام فيه يتمّ إن شاء الله تعالى في طيّ أُمور:

تعريف المثليّ

الأمرالأوّل: قد عرّف المشهور المثليّ على ما حكى في المكاسب بأنّه «ما يتساوى أجزاؤه من حيث القيمة»[٢].

وحيث إنّ في هذا التعريف مسامحة فإنّه ليس مثل العدس والماش متساوي ↰

---

(١) في ص ٩٣.

(٢) المكاسب: ج ٣ ص ٢٠٩.

↲ الأجزاء من جهة القيمة فإنّ قشرهما لا يساويهما في القيمة. وأيضاً ليس مثل الحنطة أو الدقيق الّذي لهأفرادمختلفة متساوي الأجزاءمن جهة القيمة. وأيضاً قد يكون تساوي أجزاء شيء واحد في الماليّة بلحاظ الكسر والانكسار من دون أن يكون مستنداً إلى التماثل في الصفات.

هذا كلّه، مضافاً إلى أنّه ليس الملاك بملاحظة الدليل الّذي يأتي إن شاء الله تعالى تماثلَ أجزاء الشيء في الماليّة بل وجدان المماثل له بسهولة؛ فالأولى أن يقال: إنّ المثليّ في الاصطلاح:ما يوجد له مماثل في الصفات الدخيلة في الماليّة نوعاً، والقيميّ: ما ليس كذلك.

ضمان المثليّ بالمثل

الأمر الثاني: تعيّن المثل فيالمثليّ يكون بمعنى أنّهيستحقّ المالك أنيطالب القابض به ولايكتفي بالقيمة وللضامن أيضاً أن يجبره على قبوله وعدم إعطائه القيمة ولو شاء.

وقد صرّح بعدم الخلاف فيه في المكاسب[١] والجواهر إلّا عن الإسكافيّ، بل قال في الثاني: إنّه من قطعيّات الفقه، وفي جامع المقاصد: الإجماع عليه، بل في غاية المراد: أطبق الأصحاب على ضمان المثليّ بمثله إلّا ما يظهر من ابن الجنيد، فإنّه قال: «إن تلف المضمون ضمن قيمته أو مثله إن رضي صاحبه» ولعلّه يريد القيميّ[٢].

ويدلّ عليه أمران:

أحدهما: إطلاق مادلّ على الضمان من حديث «على اليد ما أخذت ...»[٣] في المقام وغيره في غير المقام من الأمانات المفرط فيها.

ووجه دلالة الحديث أنّه بعد ما عرفت من عدم الإهمال والإجمال فهو ظاهر في جعل الحكم المناسب لتسليط المال المأخوذ على اليد الّذي يساعد عليه الارتكاز، ↰

---

(١) ج ٣ ص ٢٠٩. (٢) جواهر الكلام: ج ٣٨ ص ١٢٧. (٣) تقدّم في ص ٩١.

◄ولاريب أنّه من الأحكام هو ضمان المثل في ما يوجد له مثل بالسهولة ولو لم يوجد له بالنوع، فإنّ الصفات الموجبة لرغبات النوع الدخيلة في الماليّة مورد لاعتبار العقلاء، بل ليس ماليّة المال إلّا بوجدانه للصفات المرغّبة، فلاريب أنّ الحكم المناسب بحسب الارتكاز لأخذ مال الغير بدون الحقّ هو ضمان الصفات المذكورة لا قيمتها. فالضامن مديون بذلك فليس للمالك مطالبة الضامن بغير دينه كما في سائر الديون.

ثانيهما: الآية الشريفة قوله تعالى: ﴿ٱلشَّهْرُ ٱلْحَرَامُ بِٱلشَّهْرِ ٱلْحَرَامِ وَٱلْحُرُمَـٰتُ قِصَاصٌ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ مَعَ ٱلْمُتَّقِينَ﴾ (١).

وخلاصة تقريب دلالتها على المدّعى أنّه إمّا أن يكون لفظ «ما» في الآية موصولةً فيكون المفاد فاعتدوا عليه بشيء هو مثل الشيء الّذي اعتدىٰ عليكم، وإمّا أن يكون مصدريّة فيكون المفاد فاعتدوا بنحوٍ اعتدى عليكم؛ فعلى الأوّل دلالتها واضحة، وأمّا على الثاني فالمماثلة في كيفيّة الاعتداء تتوقّف على المماثلة في المعتدىٰ به، لأنّ الظاهر منها خصوصاً بملاحظة صدرها أنّه تعالى بصدد لزوم المماثلة في الاعتداء من جميع الجهات حتّى الجهات الخارجة عن حقيقة الاعتداء الدخيلة فيه: من إضافته إلى زمان محترم أو مكان كذلك كما يدلّ عليه قوله تعالى في صدر الآية: ﴿وَٱلْحُرُمَـٰتُ قِصَاصٌ﴾، وحينئذٍ كيف؟! يمكن أن يقال: إنّ المماثلة في الشهر الحرام والبلد الحرام ـ مثلاً ـ ملحوظة في قوله تعالى ﴿بِمِثْلِ﴾ ولكنّ المماثلة في المعتدىٰ به الّذي هو أقرب إلى حقيقة الاعتداء منهما لاتكون ملحوظةً.

مع أنّ العرف يفهم من المماثلة أنّ الجرح ـ مثلاً ـ يعوّض بالجرح لا باعتداءٍ يعدّ عرفاً مماثلاً له في أصل الاعتداء كأخذ مالٍ كثير منه.

نعم، ربما يخلّ بالاستدلال كون صدر الآية الشريفة وارداً في القصاص وأنّ الحرمات فيها القصاص وقوله تعالى ﴿فَمَنْ﴾ مربوط بالصدر لا أنّه كلام مستقلّ، فالآية ►

(١) سورة البقرة: ١٩٤.

الشريفة مكتنفة بما يصلح للقرينيّة على التقييد والاختصاص.

ولكن يمكن دفعه بأنّ صِرف كون المورد هو القصاص في الحرمات لا يصلح عرفاً للتقييد به خصوصاً مع استلزامه التخصيص بالفرد النادر وهو القصاص في الحرمات، فهو أعمّ من المورد، فإذا كان أعمّ لاستلزامه التخصيص المستهجن فلاوجه لعدم شموله للأموال مع أنّ الحكم الواقع موقع الأمر الإلهيّ مورد للاعتبار العقلائيّ، وهو وارد على طبق مرتكز العقول، ولاريب أنّ ما يساعد عليه الارتكاز هو العموم. والله العالم.

حكم القيميّ وتقسيمه إلى ثلاثة أقسام

الأمر الثالث: ما ليس بمثليّ فهو قيميّ، وقد ظهر من تعريف المثليّ المتقدّم[١] أنّ القيميّ هو ما لا يوجد له مثلٌ نوعاً، فهو على أقسام:

أحدها: ما لايوجد لهمماثل حتّى في نوع الصفات الدخيلة فيالماليّةأو كان تحصيله حرجيّاً.

ثانيها: ما لا يوجد له مماثل في جميع الصفات بالفعل لكنّه يوجد ما يكون واجداً لنوع الصفات الدخيلة في الماليّة.

ثالثها: ما يوجد له بالفعل ما يكون مماثلاً له في جميع الصفات الدخيلة في الماليّة وإن كان بحسب النوع لا يوجد له ذلك إلّا أنّه فرض تحقّقه من باب الاتّفاق.

أمّا القسم الأوّل فهو المتيقّن من معقد الإجماع المحكيّ في المكاسب على الضمان بالقيمة[٢]، المؤيّد بما في الجواهر[٣] في كتاب الغصب من دعوى عدم خلاف يعتدّ به في المغصوب وما بحكمه في قبال القرض الّذي فيه كلام يأتي إن شاء الله تعالى ولا ينقل الخلاف إلّا عن الإسكافيّ، وقد تقدّم كلامه في الأمر المتقدّم[٤] وظهر أنّه ليس صريحاً بل ولا ظاهراً في ضمان المثل في القيميّ الّذي ليس له مثل بالفرض.

(١ و ٤) في ص ٩٩.

(٢) راجع المكاسب: ج ٣ ص ٢٤٠.

(٣) ج ٣٨ ص ١٤٩.

◄ نعم، صرّح المحقّق في الشرائع في باب القرض بثبوت المثل في القيميّ مطلقاً حيث قال: «وما ليس كذلك ـ أي ليس أجزاؤه متساوية القيمة ـ يثبت في الذمّة قيمته وقت التسليم، ولو قيل: يثبت مثله أيضاً كان حسناً»[١]. وفي الجواهر عن الدروس أنّه ظاهر الخلاف[٢].

وأمّا القسم الثاني والثالث فهما داخلان في معقد الإجماع المنقول؛لكن في الجواهر عن التذكرة في باب القرض أنّه إن لم يكن مثليّاً: فإن كان ممّا ينضبط بالوصف ـ وهو ما يصحّ السلف فيه كالحيوان والثياب ـ فالأقرب أنّه يضمن بمثله من حيث الصورة، لأنّ النبيّ صلى الله عليه وآله استقرض بَكراً وردّ بازلاً تارةً وأُخرى استقرض بَكراً وأمر بردّ مثله ـ إلى أن قال بعد أن فرّق بين القرض والإتلاف: ـ وأمّا ما لا يضبط بالوصف كالجواهر والقسيّ وما لايجوز السلف فيه تثبت فيه قيمته[٣].

وهو كما ترى صريح في خصوص باب القرض.

فتحصّل أنّه لم يعلم خلاف في ضمان القيميّ بالقيمة بالنسبة إلى جميع أقسامه في غيرالقرض؛ إلّا أنّ ظاهر المحقّق الأنصاريّ قدس سره الميل إلى وجوب المثل في القسم الثالث لولا الإجماع على الخلاف[٤].

هذا حال الأقوال والمتّبع هو الدليل.

فأقول: ماورد من الدليل على ضمان القيميّ بالقيمة يلخّص في أُمورٍ:

منها: صحيح الحنّاط وقد تقدّم[٥]، وفيه:وقلت له: أرأيت لو عطب البغل ونفق أليس كان يلزمني؟ قال: «نعم، قيمة بغل يوم خالفته ...».

ومنها: خبرالسكونيّ عن أبي‌عبدالله عليه السلام «أنّ أميرالمؤمنين عليه السلام سئل عن سفرة وجدت في الطريق مطروحة، كثير لحمها وخبزها وجبنّها وبيضها وفيها سكّين، فقال ◄

---

(١) شرائع الإسلام: ج ١ ـ ٢ ص ٣٢٤.

(٢) جواهر الكلام: ج ٢٦ ص ٤١.

(٣) جواهر الكلام: ج ٢٦ ص ٤١ ـ ٤٢.

(٤) المكاسب: ج ٣ ص ٢٤٣.

(٥) في ص ٩٣.

أمير المؤمنين عليه السلام: يقوّم ما فيها ثمّ يؤكل، لأنّه يفسد وليس له بقاء، فإن جاء طالبها غرموا له الثمن ...»(١).

أورده السيّد الطباطبائيّ في تعليقه الشريف(٢).

لكن يمكن أن يكون الظاهر منه هو التملّك بالتقويم ثمّ الأكل فيكون إجازة في المصالحة بقيمته.

وممّا يؤيّد ذلك كون السفرة المذكورة مشتملة على المثليّ كالجبنّ الّذي تقدّم تحقّق الإجماع على الضمان بالمثل.

ومنها: خبر عليّ عن أخيه موسى عليه السلام، قال: سألته عن رجل أصاب شاة في الصحراء هل تحلّ له؟ قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: هي لك أو لأخيك أو للذئب، فخذها وعرّفها حيث أصبتها، فإن عرفت فردّها إلى صاحبها، وإن لم تعرف فكلها، وأنت ضامن لها إن جاء صاحبها يطلب ثمنها أن تردّها عليه»(٣).

ومنها: مرسلة الصدوق عن الصادق عليه السلام، وفيه: «وإن وجدت طعاماً في مفازة فقوّمه على نفسك لصاحبه ...»(٤).

ولكن فيه الاحتمال المتقدّم في الأوّل فلا تغفل.

ومنها: ما يدلّ على أنّ من أعتق شقصاً من مملوك قوّم عليه:

كحسن الحلبيّ أو صحيحه عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه، فقال: «إنّ ذلك فساد على أصحابه، فلا يستطيعون بيعه، ولا مؤاجرته» فقال: «يقوّم قيمة، فيجعل على الّذي أعتقه عقوبة ...»(٥).

---

(١) وسائل الشيعة: ج ٢٥ ص ٤٦٨، الباب ٢٣ من أبواب اللقطة.

(٢) حاشية المكاسب: ج ١ ص ٤٩٦، التعليقة ٧٧٦.

(٣) وسائل الشيعة: ج ٢٥ ص ٤٥٩ ح ٧ من ب ١٣ من أبواب اللقطة.

(٤) وسائل الشيعة: ج ٢٥ ص ٤٤٣ ح ٩ من ب ٢ من أبواب اللقطة.

(٥) وسائل الشيعة: ج ٢٣ ص ٣٦ ح ١ من ب ١٨ من أبواب العتق.

وقريب منه خبرا سماعة[١] وسليمان بن خالد[٢].

وكخبر عبدالرحمان بن أبي عبدالله، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن قوم ورثوا عبداً جميعاً، فأعتق بعضهم نصيبه منه، كيف يصنع بالّذي أعتق نصيبه منه؟ هل يؤخذ بما بقي؟ فقال: «نعم، يؤخذ بما بقي منه بقيمته يوم أعتق»[٣].

أشار إلى ذلك الشيخ الأنصاريّ قدس سره في مكاسبه[٤] وصاحب الجواهر قدس سره في كتاب الغصب[٥].

لكنّ الاستدلال بها مبنيّ على حصول العتق بالنسبة إلى الكلّ بعتق البعض، فحينئذٍ أتلف المعتق مال شريكه بعتق شقصه فيضمن قيمته؛ مع أنّ مقتضى بعض الأخبار عدم سراية العتق إلى الكلّ بصِرف ذلك، بل يجبر المعتق باشتراء البعض من صاحبه وعتقه، فيكون ما ذكر في هذا البعض تفسيراً لما تقدّم في الأخبار المذكورة من الضمان بالقيمة:

ففي خبر محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «من كان شريكاً في عبد أو أمة، قليل أو كثير، فأعتق حصّته وله سعة فليشتره من صاحبه فيعتقه كلّه ...»[٦].

ومنها: خبر زيد بن عليّ عن آبائه عليهم السلام، قال: «أتاه رجل تكارى دابّة فهلكت وأقرّ أنّه جاز بها الوقت، فضمّنه الثمن ولم يجعل عليه كراء»[٧].

ومنها: حسن جميل أو صحيحه المتقدّم[٨] الحاكم بضمان قيمة الولد الّذي استولده المشتري حرّاً.

وأظهر منه خبر زرارة، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: رجل اشترى جارية من سوق

---

(١) وسائل الشيعة: ج ٢٣ ص ٣٧ ح ٥ من ب ١٨ من أبواب العتق.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٢٣ ص ٣٩ ح ٩ من ب ١٨ من أبواب العتق.

(٣) وسائل الشيعة: ج ٢٣ ص ٣٨ ح ٦ من ب ١٨ من أبواب العتق.

(٤) ج ٣ ص ٢٤٠.

(٥) ج ٣٨ ص ١٤٩.

(٦) وسائل الشيعة: ج ٢٣ ص ٣٦ ح ٣ من ب ١٨ من أبواب العتق.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ١٢٢ ح ٥ من ب ١٧ من أبواب الإجارة.

(٨) في ص ٩٦.

المسلمين فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولاداً، ثمّ أتاها من يزعم أنّها له وأقام على ذلك البيّنة، قال: «يقبض ولده ويدفع إليه الجارية ويعوّضه في قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها»[١].

ويدلّ على المقصود في الجملة مادلّ على لزوم أُجرة المثل في مورد الانتفاع بما لا يستحقّ، كخبر أبي ولّاد[٢] وغيره، وهو واضح.

إذا عرفتِ ذلك فنقول: دلالة الأخبار المتقدّمة على الضمان بالقيمة في ما لا يوجد له نوعاً ولافعلاًمماثل في جميع ماله دخلٌ في الماليّة ولا في نوعها واضحة جدّاً. ومقتضى الإطلاق في بعضها ـ كصحيح الحنّاط[٣] ـ هو الضمان بها في ما يوجد له بالفعل مماثل في نوع الصفات الدخيلة فيها.

وأمّا إطلاقها بالنسبة إلى القسم الثالث أي ما يوجد له بالفعل المماثل في جميع الصفات الدخيلة فيها فهو غير واضح، فإنّ الأخبار المتقدّمة ناظرة إلى القضايا الخارجيّة وهي منصرفة قطعاً عن الأفراد النادرة،بخلاف القضايا الحقيقيّة.وشرح التفصيل المذكور موكول إلى محلّه.

فحينئذٍ فلعلّ الأصحّ هو الضمان في القيميّ بالقيمة في الصورتين وبالمثل في الثالثة، وانعقاد الإجماع على الإطلاق غير واضح، بل انعقاده على أصل الضمان بها أيضاً بحيث كان حجّة في قبال ما وصل بأيدينا غير واضح أيضاً.

فما مال إليه الشيخ الأنصاريّ من الضمان بالمثل في القيميّ في خصوص ما يكون مماثله موجوداً أو ممكن التحصيل بسهولة تمسّكاً بالدليلين المتقدّمين في المثليّ مع عدم معارض له من ناحية أدلّة القيميّات ـ كما عرفت ـ لولا الإجماع[٤] لايخلو عن قوّة وإن فرض الإجماع، لقوّة استناده إلى ما ذكر من الأدلّة. والله العالم.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ٢١ ص ٢٠٤ ح ٤ من ب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٢ و٣) المتقدّم في ص ٩٣.

(٤) راجع المكاسب: ج ٣ ص ٢٤١.

نعم، لو كان كلّ من البائع والمشتري راضياً بتصرّف الآخر في ما قبضه ولو على تقدير فساده يباح لكلّ منهما التصرّف* والانتفاع بما قبضه ولو بإتلافه،

حكم التصرّف مع الرضا بالتصرّف على فرض الفساد

(*) إطلاق ما ذكره ممنوع جدّاً، إذ من البيوع الفاسدة هي الّتي قد صرّح فيها بحرمة التصرّف في المقبوض به. ولا يمكن حمل مادلّ على ذلك على صورة تقيّد الرضا بالصحّة الشرعيّة، فقد ورد أنّ أُجور الفواجر وثمن المسكر والربا بعد البيّنة والرشا في الحكم وثمن الميتة وثمن الكلب وأجر الكاهن وأجر المغنّية وثمنها وكلّ ما تقومر به حتّى الكعاب والجوز وثمن العذرة سحت أو حرام يجب اجتنابه أو كفر بالله العظيم وهو الرشا[1].

ومن المعلوم أنّ فساد البيع أو الاستيجار في المذكورات واضح عند المتشرّعة، وحينئذٍ إذا أُعطي في خمر أو بغي يعلم بالفساد ولكنّ الرضا بالتصرّف موجود مع فرض الفساد والعلم به، فأيّ مسلم يحتمل صحّة بيع الخمر وحصول الملكيّة للبائع وكيف يمكن أن يقال بجواز التصرّف له في ثمن الخمر؟!

بل يمكن أن يقال: إنّ تحريم البيع يقتضي عدم جواز ترتيب آثاره عليه ولو لم يكن تصريح بحرمة العوضين، فإنّ تحريم بيع الخنزير ـ مثلاً ـ يلازم عرفاً لعدم تأثير الرضا بالتصرّف والإتلاف وترتيب جميع آثار الملكيّة على ثمنه وإلّا كان تحريمه بحكم اللغو، فإنّ المقصود من تملّك ثمن الخنزير ليس إلّا التصرّف فيه بجميع أنواع التصرّفات، فإذا كان ذلك حاصلاً برضا المشتري فالمقصود من التملّك حاصل، فالتحريم حينئذٍ ↖

(١) راجع وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٩٢، الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به، وص ١١٨، الباب ١٤ من تلك الأبواب، وص ١٢٢، الباب ١٦ من تلك الأبواب، وص ١٦٤، الباب ٣٥ من تلك الأبواب، وص ١٧٥، الباب ٤٠ من تلك الأبواب.

خالٍ عن الأثر عرفاً.

نعم، يمكن أن يقال في البيع الفاسد الّذي لا دليل على تحريمه ولا على تحريم التصرّف في مورده بجواز التصرّف؛ وليس الحكم بالفساد مع فرض جواز جميع التصرّفات بحكم اللغو، إذ الحكم بالصحّة علّة لمالكيّة من انتقل إليه المال للتصرّف ومع عدمها لا يكون مالكاً لذلك، وجواز التصرّف لا ينافي الحكم بعدم حصول الملكيّة.

والفرق بينه وبين التحريم أنّ التحريم متوجّه إلى البيع الواقع بقصد ترتيب الأثر، فالبيع وترتيب الأثر عليه حرام، بخلاف الفساد الّذي لا يدلّ إلّا على عدم حصول الملكيّة.

كما أنّه يمكن أن يقال بجواز التصرّف حتّى في ما نصّ على تحريمه إذا لم يكن الرضا مترتّباً على وقوع المعاملة الفاسدة بحيث لا تكون المعاملة القماريّة دخيلة في الرضا بالتصرّف، ومنشؤه الانصراف إلى التقيّد المذكور ولو من باب الجهة التعليليّة.

ولكن فيه إشكال، للإطلاق المتقدّم إليه الإيماء.

وممّا ذكرنا يظهر أنّ جواز التصرّف في البيع الفاسد الّذي لا نصّ على تحريمه ولا على تحريم مورده إذا كان التصرّف مرضيّاً للمالك مع قطع النظر عن البيع الفاسد بلا إشكال ظاهر.

والحاصل: أنّه لا شبهة في حرمة التصرّف في البيوع الفاسدة الّتي ورد النصّ على تحريم التصرّف في عوضيها.

ويمكن أن يقال: إنّ ما نصّ على تحريمه أيضاً ـ بأن كان متعلّق التحريم نفس البيع ـ كذلك أيضاً، وإنّه لا إشكال ظاهراً في جواز التصرّف في العوضين مع الرضا غير المبتني على البيع الفاسد في ما إذا لم يكن متعلّقاً للتحريم بنفسه أو بمورده.

ويمكن أن يقال بجواز التصرّف في البيع الفاسد الخالي عن النصّ على تحريمه أو تحريم مورده إذا كان مالكه راضياً بالتصرّف ولو مع فرض فساد البيع.

كما أنّه يمكن أن يقال ذلك أيضاً بالنسبة إلى ما نصّ على تحريم نفسه أو مورده وإن كان فيه إشكال خصوصاً في ما نصّ على تحريم مورده. والله العالم.

ولا ضمان عليه*.

حكم الضمان في الصورة المذكورة

(*) فيه إشكال، لعموم«على اليد ما أخذت...» خرج عنه ما إذا أذن المالك بالتصرّف فيه وإتلافه مجّاناً، لا ما إذا كان راضياً بذلك من باب رضاية صاحبه به فإنّه لامخرج له، بل ظاهر إطلاق كلام الأصحاب وتسالمهم على أنّ كلّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده هو الضمان ولو مع الرضا مع فرض الفساد،لأنّه ليس فيالبين تسليط بلاعوض. ولازم ما ذكرهﷺ في المتن أنّه لو أتلف المشتري في فرض المتن مال البائع وكان الثمن موجوداً عنده فله أن يستردّ منه الثمن فيلزم الجمع بين العوض والمعوّض فإنّ المشتري أتلف المثمن واستردّ الثمن أيضاً، وهذا ظلم يأباه الارتكاز العرفيّ.

نعم، لو كان البائع ـ مثلاً ـ راضياً بالتصرّف الإتلافيّ بالنحو المجّانيّ حتّى في فرض عدم جواز التصرّف في الثمن واسترداده منه فعدم الضمان قويّ على ما هو المشهور عندهم، ووجهه موكول إلى محلّه وهو كتاب الغصب. وفّقنا الله تعالى لإدامة كتابته وجعله خالصاً لوجهه الكريم.

القول
في شروط البيع

شرائط المتعاقدين

القول
في شروط البيع

وهي إمّا في المتعاقدين وإمّا في العوضين.

القول
في شرائط المتعاقدين

وهي أُمور:

الأوّل: البلوغ، فلايصحّ بيع الصغير ولوكان مميّزاً وكان بإذن الوليّ[1]*،

الشرط الأوّل: البلوغ، فلا يصحّ عقد الصبيّ

(*) توضيح الكلام في المسألة يتمّ إن شاء الله تعالى في طيّ أمرين:

أحدهما: في المكاسب نقل الإجماع عن الغنية على بطلان عقد الصبيّ وإن أجاز الوليّ. وعن التذكرة: الصغير محجور عليه بالنصّ والإجماع ـ إلى أن قال: ـ إلّا ما استثني، وعدّ منه إحرامه وإيصال الهديّة. وعن كنزالعرفان نسبة عدم صحّة عقد ↖

---

(١) وسيلة النجاة: ج ٢ ص ٢٣، القول في شرائط المتعاقدين: الأمر الأوّل: البلوغ.

↲ الصبيّ إلى أصحابنا[١].

وقال ﷺ في الجواهر بعد كلام له: فصحّ حينئذٍ للفقيه نفي الخلاف في المسألة على الإطلاق، بل صحّ له دعوى تحصيل الإجماع على ذلك كما وقع من بعضهم، بل ربما كان كالضروريّ خصوصاً بعد ملاحظة كلام الأصحاب وإرسالهم لذلك إرسال المسلّمات، حتّى أنّه ترك جماعة منهم الاستدلال عليه اتّكالاً على معلوميّته[٢].

أقول: يوهن الإجماع المذكور أو إطلاقه أُمور:

الأوّل: أنّ معقد إجماع الغنية ليس مطلق الصبيّ، ففي مفتاح الكرامة عنه: لا ينعقد بيع من ليس بكامل العقل ولا شراؤه وإن أجازه الوليّ بالإجماع، ويحتجّ على المخالف بما رووه من رفع القلم عن ثلاثة ...[٣]، فالمميّز ليس داخلاً في معقد إجماعه.

الثاني: الاستدلال بحديث رفع القلم[٤]، فإنّ المتراءىٰ منه أنّ مبنى الإجماع هو الحديث المذكور فيدور الحكم مدار دلالته.

الثالث: ثبوت الخلاف أو التردّد من بعضهم:

فعن الشرائع في العارية الجزم بصحّتها إذا أوقعها الصبيّ. وعن الفخر في شرح القواعد أنّ الأقوى صحّة بيع المميّز بإذن الوليّ[٥].

وفي مفتاح الكرامة أنّه قد نسب إلى الشيخ تارةً وإلى بعض الأصحاب أُخرى جواز بيعه إذا بلغ عشر سنين وكان عاقلاً، واختاره صاحب مجمع البرهان، واستشكل فيه صاحب الكفاية ـ إلى أن قال: ـ وجوّزه ـ أي بيع الصبيّ مطلقاً ـ في اليسير في المفاتيح[٦].

وفي مكاسب الأنصاريّ ﷺ عن القواعد: وفي صحّة بيع المميّز بإذن الوليّ نظر. وعن الشرائع: التردّد في إجارة المميّز بإذن الوليّ. وعن التحرير صحّة بيع الصبيّ في مقام ↰

---

(١) المكاسب: ج ٣ ص ٢٧٥.
(٢) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٤٢٢ ـ ٤٢٣.
(٣) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٥٤٥.
(٤) وسائل الشيعة: ج ١ ص ٤٥ ح ١١ من ب ٤ من أبواب مقدّمة العبادات.
(٥) راجع المكاسب: ج ٣ ص ٢٧٨ ـ ٢٧٩.
(٦) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٥٤٦.

اختبار رشده. وعن المختلف أنّه حكى في باب المزارعة عن القاضي كلاماً يدلّ على صحّة بيع الصبيّ[١].

الرابع: ابتناء المحقّق الثاني المسألة على شرعيّة أفعال الصبيّ وعدمها[٢]. فإنّه دليل على عدم إجماع تعبّديّ في البين.

الخامس: قول العلّامة المدّعي للإجماع في محكيّ التذكرة: هل يصحّ بيع المميّز وشراؤه بإذن الوليّ؟ الوجه عندي أنّه لا يصحّ ولا ينفذ[٣]. فإنّه مشعر بوجود الخلاف وعدم تسلّم الحكم. وكذا قول المحقّق الثاني في المحكيّ عنه: أنّ الأصحّ بطلان عقد الصبيّ[٤].

السادس: استدلال الشيخ‌ؒ في الخلاف للبطلان بعدم الدليل[٥]؛ ولو كان إجماع في البين لكان دليلاً وكان يشير إليه كما في كثير من المسائل الّتي ذكرها في الخلاف.

والمظنون أنّ مورد الإجماع أمران:

أحدهما: بطلان عبارته إذا لم يكن متعقّلاً للإنشاء ولو أذن له الوليّ.

ثانيهما: بطلان إيقاع المعاملة بدون تصويب الوليّ وإمضائه على ما يأتي توضيحه إن شاء الله تعالى وأنّه ليس متّكياً على دليل لم نحصّله.

ثاني الأمرين: في ما يقام على بطلان عقد الصبيّ من الأدلّة وبيان ما هو الحقّ في المسألة بعونه تعالى:

فنقول: قد استدلّ عليه بأُمور:

الأوّل: قوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُواْ ...﴾[٦].

ويمكن تقريب الاستدلال بها من وجهين:

---

(١) المكاسب: ج ٣ ص ٢٧٨ ـ ٢٨٠.

(٢) راجع المكاسب: ج ٣ ص ٢٧٩.

(٣) راجع مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٥٤٧.

(٤) المكاسب: ج ٣ ص ٢٧٩.

(٥) الخلاف: ج ٣ ص ١٧٨ مسألة ٢٩٤.

(٦) سورة النساء: ٦.

أحدهما: التمسّك بقوله عزّ من قائل: ﴿وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ﴾ مع قطع النظر عن الذيل، فإنّ الحكم بوجوب الابتلاء إلى الغاية المذكورة يدلّ على أنّ التميز المعتبر في صحّة تصرّفه إنّما هو التميز بعد البلوغ،والتميز قبلهليس ملاكاً لجواز تصرّفه، وإلّا لم يكن وجه لجعل الغاية للابتلاء بلوغ النكاح.

ثانيهما: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ فإنّ تفريع جواز الدفع أو وجوبه على الابتلاء حتّى بلوغ النكاح أو على نفس بلوغ النكاح دليلٌ على دخالته في ذلك.

أمّا على تقدير كون المقصود من قوله تعالى: ﴿فَادْفَعُوٓاْ﴾ هو الجواز فواضح. وأمّا على تقدير كون المقصود به الوجوب ـ كما هو أظهر على ما يتراءىٰ ـ فإنّه يدلّ على عدم وجوب الدفع إليه ولو تصرّف فيه ببيعه من غيره، ولازم ذلك عدم نفوذ تصرّفه.

لكن لايخفى أنّ الظاهر منها على حسب ما يصل إليه النظر ـ والله العالم ـ أنّ البلوغ حدّ لصيرورة الرشد ملاكاً لجواز تصرّفهم، فالرشد المتراءىٰ قبل البلوغ لايكون ملاكاً لتصرّفه، والرشد الّذي هو الملاك له هو الرشد المتحقّق بعد البلوغ، ولازم ذلك عدم كفاية تميزه لجواز تصرّفه لا سلب عبارته عن التأثير ولو كان مبنيّاً على تميز الوليّ ورأيه، بل المستفاد منها على هذا عدم الاحتياج إلى الإذن من الوليّ بحيث يكون له موضوعيّة، بل الاحتياج إليه لتشخيص كون المعاملة مشتملة على الصلاح للصغير؛ فحينئذٍ لو صرّح الوليّ بكونه صلاحاً لكفى ولو لم يأذن بل ولو منع من ذلك لمصلحة.

الثـاني: ماروي عنه صلى الله عليه وآله: «رفع القلم عن الصبيّ حتّى يحتلم، وعن المجنون حتّى يفيق، وعن النائم حتّى يستيقظ»[١].

حكي الاستدلال به عن الشيخ في المبسوط وابن إدريس في السرائر وعن ابن زهرة في الغنية[٢]. وقد استدلّ به الشيخ رحمه الله في بيع الخلاف[٣] أيضاً، وتبعهم في

(١) راجع سنن أبي داوُد: كتاب الحدود ص ١٥٤٤، باب في المجنون يسرق أو يصيب حدّاً.

(٢) راجع المكاسب: ج ٣ ص ٢٧٦.

(٣) ج ٣ ص ١٧٩.

الاستدلال به جماعة وكفى به جابراً.

مضافاً إلى مارواه في الوسائل عن الخصال مسنداً عن ابن ظبيان، قال: أُتي عمر بامرأة مجنونة قد زنت فأمر برجمها، فقال عليّ عليه السلام: «أما علمت أنّ القلم يرفع عن ثلاثة: عن الصبيّ حتّى يحتلم، وعن المجنون حتّى يفيق، وعن النائم حتّى يستيقظ»[١].

وقريب منه ما في المستدرك عن الدعائم[٢] وما في صحيح البخاريّ في كتاب المحاربين من أهل الكفر والردّة ص ٥٦٨ باب ٢٢: لا يرجم المجنون والمجنونة.

وقد أُشير إلى ذلك في بعض الأخبار أيضاً:

ففي خبر عمّار الساباطيّ: «فإن احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة، وجرى عليه القلم»[٣].

وفي خبر أبي البختريّ عن عليّ عليه السلام أنّه كان يقول في المجنون والمعتوه الّذي لايفيق والصبيّ الّذي لم يبلغ: «عمدهما خطأ تحمله العاقلة، وقد رفع عنهما القلم»[٤].

وفي المستدرك في حديث: «وأنّ الصبيّ لايجري عليه القلم حتّى يبلغ»[٥].

والحاصل: أنّه من حيث السند في غاية الوثوق والاطمينان.

وتقريب **الاستدلال** بـه على مسلوبيّة عبارة الصبيّ وإنشائه واضح، إذ هو مقتضى الإطلاق بحسب الظاهر.

ولكن فيه **أوّلاً:** أنّ الأخذ بإطلاقه والالتزام برفع كلّ قلم عن الصبيّ: من التكليف الوجوبيّ والاستحبابيّ والوضع بجميع أقسامه سواء كان مسبّباً عن فعل الصبيّ أو كان طرفاً لإضافته، وكـذا رفع القلم اللاحق عـن الجعل من الحسنات والسيّئات خلافُ

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١ ص ٤٥ ح ١١ من ب ٤ من أبواب مقدّمة العبادات.

(٢) مستدرك الوسائل: ج ١ ص ٨٤ ح ١٠ من ب ٣ من أبواب مقدّمة العبادات.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١ ص ٤٥ ح ١٢ من ب ٤ من أبواب مقدّمة العبادات.

(٤) وسائل الشيعة: ج ٢٩ ص ٩٠ ح ٢ من ب ٣٦ من أبواب القصاص في النفس.

(٥) مستدرك الوسائل: ج ١ ص ٨٧ ح ٩ من ب ٤ من أبواب مقدّمة العبادات.

الضرورة قطعاً. والالتزامُ بالإطلاق والحكم بخروج ما خرج موجب للتخصيص المستهجن قطعاً، خصوصاً بالنسبة إلى الحديث المذكور الّذي ربما يتراءىٰ أنّه آبٍ عن التخصيص، لأنّه في مقام إعطاء القاعدة الكلّيّة ومثلها آبٍ عنه إلّا إذا كان قليلاً جدّاً.

فلابدّ أن يقال: إنّه القلم الّذي يترتّب عليه المؤاخذة، وهو الّذي يساعده الكتاب العزيز، لإشارته إلى كتاب الأعمال وكتّابه واستنساخه والمراقبة عليه والأمر بقراءته. ولعمري إنّ كلّ واحد ممّا أشرنا إليه من التخصيص المستهجن، والتصريحات الفرقانيّة كافية في رفع اليد عن الإطلاق وكون المراد هو القلم المقصود به الحساب عليه، فتأمّل.

وثانياً: أنّ المناسبة بين الحكم والموضوع تقتضي أن يكون المرفوع هو الحكم الّذي يكون الصبيّ ناقصاً في الجري على مقتضاه كما أنّ الأمر في النائم كذلك، إذ لايحتمل العرف عدم حصول الجنابة الموجبة لوجوب الغسل للنائم بسبب يحصل في حال النوم، إذ هو لا يكون ناقصاً من الجهة المذكورة، وحينئذٍ نقول: إنّ الصبيّ المدرك المميّز بين الإنشاء والإخبار لايكون ناقصاًفي الاستعمال وإلقاء الكلام الإنشائيّ أو الإخباريّ، وإنّما نقصه في رأيه الّذي يتّخذ لإيقاع المعاملة، فرأيه وإرادته كالعدم لايؤثّر في حصول المعاملة، بل لابدّ من رأي متدرّب وهو رأي الوليّ القائم بمصالحه.

وثالثاً: أنّ حصول الملكيّة مضاف إلى فعل الصبيّ، والفعل مضاف إليه، والظاهر منه هو رفع القلم المضاف إلى الصبيّ، لا المضاف إلى المضاف إليه، فتأمّل.

ورابعاً: أنّ العقد الصادر من الصبيّ إذا كان بتوكيل الوليّ له نسبة إلى نفسه ونسبة إلى موكّله، ومقتضى الحديث المذكور على تقدير الغضّ عمّا سبق: عدم تأثيره في إيقاع المفاد بما هو مستند إلى الصبيّ، وهذا لا ينافي صحّته بما هو مستند إلى الموكّل؛ كما في الحجّ الّذي يأتي به النائب ـ مثلاً ـ فهو حجّة الإسلام من حيث إنّه بتسبيب من وجب عليه الحجّ، وأمّا من حيث صدوره عن النائب فهو لايكون معنوناً بحجّة الإسلام، لعدم تحقّق شرائطها في النائب، وليس مفاده الحكم بالفساد بل مفاده عدم اقتضاء عقد الصبيّ بما هو كذلك للصحّة، وهو لا ينافي الحكم بالاقتضاء من حيث نسبته إلى

الموكّل، لعدم التزاحم بين ما يقتضي وما لا يقتضي؛ وكما في بيع الوكيل عن المالك، لأنّه يصحّ أن يقال: إنّه بيعه، فمن حيث إنّه صادر عن شخصه بالمباشرة لايقتضي الصحّة، لأنّه لا بيع إلّا في ملك، ومن حيث كونه بتوكيل المالك وتسبيبه فهو صحيح، لأنّه صادر عن المالك.

إن قلت: لا شبهة في دخالة إنشاء الصبيّ في صحّة البيع فهي مرفوعة بالحديث.

قلت: دخالته فيها من جهة كون صدوره عن الصبيّ محقّقاً لإضافته إلى الموكّل الوليّ فليس له أثر شرعيّ إلّا بواسطة أمر آخر، وهو إضافته إلى الموكّل، وهو غير مرفوع بمثل الحديث كما في نظائره من حديث رفع ما لا يعلم(١) ودليل تنزيل الرضاع منزلة النسب(٢) وغيرهما، فتأمّل.

الثالث: الأخبار الدالّة على حجر الصبيّ عن التصرّف في ماله:

فمنها: خبرحمران الّذي لايبعد أن يكون بحكم الصحيح،لكون الناقل عن عبدالعزيز هو الحسن بن محبوب والسند إليه صحيح:

قال: سألت أبا جعفر عليه السلام، قلت له: متى يجب على الغلام أن يؤخذ بالحدود التامّة، وتقام عليه ويؤخذ بها؟ فقال: «إذا خرج عنه اليتم وأدرك». قلت: فلذلك حدّ يعرف به؟ فقال: «إذا احتلم، أو بلغ خمس عشر سنة، أو أشعر أو أنبت قبل ذلك أُقيمت عليه الحدود التامّة وأُخذ بها وأُخذت له». قلت: فالجارية متى تجب عليها الحدود التامّة وتؤخذ بها ويؤخذ لها؟ قال: «إنّ الجارية ليست مثل الغلام، إنّ الجارية إذا تزوّجت ودُخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتم. ودفع إليها مالها، وجاز أمرها في الشراء والبيع، وأُقيمت عليها الحدود التامّة وأُخذ لها بها». قال: «والغلام لايجوز أمره في الشراء والبيع ولا يخرج من اليتم حتّى يبلغ خمس عشر سنة، أو يحتلم، أو

---

(١) راجع وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٦٩، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس.

(٢) راجع وسائل الشيعة: ج ٢٠ ص ٣٧١، الباب ١ من أبواب ما يحرم بالرضاع.

↵ يشعر أو ينبت قبل ذلك»[١].

ومنها: ما عن الصدوق، قال: قال أبو عبدالله عليه السلام: «إذا بلغت الجارية تسع سنين دُفع إليها مالها، وجاز أمرها في مالها ...»[٢].

ومنها: ما عنه في الخصال عن أبي الحسين الخادم بيّاع اللؤلؤ عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سأله أبي ـ وأنا حاضر ـ عن اليتيم متى يجوز أمره؟ قال: «حتّى يبلغ أشدّه». قال: وما أشدّه؟قال:«احتلامه». قال:قلت: قد يكون الغلام ابن ثمان عشر سنة أو أقلّ أو أكثر ولم يحتلم، قال: «إذا بلغ ونبت عليه الشعر جاز أمره، إلّا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً»[٣].

وغير ذلك ممّا هو متّحد المفاد لما ذكر تقريباً.

ودلالة الأخبار المذكورة كبعض الأدلّة السابقة على عدم استقلال الصبيّ في أمر المعاملة واضحة، إلّا أنّه لا تدلّ على عدم صحتّها بنحو الإطلاق.

لما فيها أوّلاً: من عدم كونها إلّا في مقام بيان تحديد البلوغ وأنّ حدّ عدم الجواز المعهود كذا.

وثانياً: أنّ مفهوم الجواز والمضيّ لعلّه كمفهوم الإطلاق مأخوذ فيه الاستقلال وعدم التقيّد بإجازة شخص آخر. ومحدوديّته بالبلوغ لا تنافي جواز تصرّفه بإذن الوليّ أو توكيله أو إجازته قبله كما لا يخفى.

وثالثاً: أنّ العقد الصادر من الغلام لايقتضي المضيّ والجواز بما هو صادر عنه بالمباشرة حتّى في فرض توكيله الوليّ، وهو لا ينافي اقتضاءه المضيّ من جهة نسبته إلى الوليّ بالتسبيب والتوكيل أو بالإذن أو الإجازة.

ورابعاً: من اشتمال بعض الأخبار المتقدّمة على قرائن تؤيّد عدم الاستقلال، لا عدم الجواز من رأس، فإنّ قوله عليه السلام:«دفع إليها مالها»في رواية حمران ظاهرفي أنّه تستقلّ ↵

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١ ص ٤٣ ح ٢ من ب ٤ من أبواب مقدّمة العبادات.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٤١١ ح ٣ من ب ٢ من كتاب الحجر.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٤١٢ ح ٥ من ب ٢ من كتاب الحجر.

↲ بالتصرّف بعد البلوغ، بخلاف قبل البلوغ.

وكذا الكلام في مرسل الصدوق.

وقوله عليه السلام في خبر أبي الحسين: «إلّا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً» ظاهر في أنّه في فرض كونه سفيهاً أو ضعيفاً يبقى الصبيّ على حالته الأُولى مع أنّه من المعلوم أنّه ليس السفيه مسلوب العبارة، فتأمّل.

الرابع: ما استدلّ به العلّامة الأنصاري[١] من صحيح محمّد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «عمد الصبيّ وخطأه واحد»[٢].

وفيه أوّلاً: أنّ تنزيل العمد منزلة الخطأ إنّما يصحّ في ما كان للفعل الواقع خطأً حكمٌ ولو كان عدميّاً كما في القتل الواقع خطأً الّذي هو مورد سائر روايات المسألة، فإنّ حكمه أنّه يحمل على العاقلة على ماورد في خبر إسحاق بن عمّار الوارد في الباب المشار إليه، وفيه: «عمد الصبيان خطأ يحمل على العاقلة»[٣]. والعقد الواقع خطأً لاحكم له، فإنّ عدم حصول الأثر مترتّب على عدم العقد الصحيح لا وجود العقد الفاسد.

وثانياً: لا نسلّم فساد العقد الصادر خطأً بحيث لا يترتّب عليه أثر حتّى بعد التوجّه والرضا، فإنّ من عزم على إجارة إحدى داريه على وجه التعيّن وبيع الأُخرى كذلك فأخطأ واشتبه فباع ما أراد إجارته وبالعكس ثمّ توجّه ورضي بذلك فلا يبعد صحّته؛ فحينئذٍ يقال: إنّ مقتضى كون عمد الصبيّ بمنزلة الخطأ: عدم كفاية إرادته الأصليّة المعلولة لدرك المصالح للبيع الصادر منه، بل لابدّ من تصويب الوليّ وإرادته.

وثالثاً: كون العقد بما هو مضاف إلى الصبيّ خالياً عن الاقتضاء غير منافٍ للاقتضاء بما هو مضاف إلى الوليّ الموكّل أو الآذن أو المجيز.

مضافاً إلى أنّ ملاحظة باقي روايات الباب الواردة فيه وفي المعتوه والمجنون ↰

(١) في المكاسب: ج ٣ ص ٢٨١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٢٩ ص ٤٠٠ ح ٢ من ب ١١ من أبواب العاقلة.

(٣) وسائل الشيعة: ج ٢٩ ص ٤٠٠ ح ٣ من ب ١١ من أبواب العاقلة.

والسكران[١] ربما يوجب الظنّ بكون المقصود هو التسوية بين قتله العمديّ والخطئيّ، لا إعطاء قاعدة كلّيّة، فإنّ الحكم بأنّه يحمل على العاقلة بعد الصدر الحاكم بالتسوية بين عمد الصبيّ وخطئه في خبر ابن عمّار المتقدّم[٢] دليل على وضوح كون الصدر بحسب ذاته وارداً في القتل.

هذا كلّه شرح الإجماع المنقول والأدلّة اللفظيّة الّتي أقاموها على بطلان عقد الصبيّ. وقد عرفت عدم دلالة ذلك كلّه على بطلان عقد المميّز إذا كان بإجازة الوليّ أو إذنه أو توكيله أو بإجازة غيره أو توكيله أو إذنه في مال غيره.

ويزيده وضوحاً أُمور:

منها: أنّ مقتضى التناسب بين الموضوع (وهو الصبيّ الّذي يكون نقصانه من ناحية عدم تشخيص المصالح والمفاسد) والحكم ـ وهو عدم نفوذ أمره ـ: اختصاصه بما كان العقد المنشأ برأيه المتحقّق له بحسب ما يراه من المصالح بإدراكه الناقص، ولا يعمّ ما إذا كان برأي الوليّ وبتصويبه.

ولا يخفى أنّ ملاحظة المناسبة بين الحكم والموضوع وتقيّد الإطلاق بذلك من الأُصول المسلّمة عندهم ويبتني عليها الفروع الكثيرة: مثل كون الشرط في التنجيس والتطهير هو الملاقاة، وعدم تنجّس الماء القليل أو المضاف السائل من العالي إلى السافل بملاقاة السافل للنجس، وعدم تقوّي العالي بالسافل دون العكس في الكرّ، وغير ذلك.

ومنها: ورود الأخبار على صحّة وصيّة الصبيّ البالغ عشراً[٣] وتدبيره وعتقه[٤] وطلاق المميّز[٥] وصدقته ووقف من بلغ عشراً[٦]. ولعلّ العرف لا يشكّ في عدم الخصوصيّة

---

(١) راجع وسائل الشيعة: ج ٢٩ ص ٤٠٠، الباب ١١ من أبواب العاقلة.

(٢) في ص ١١٨.

(٣) راجع وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ٣٦٠، الباب ٤٤ من أبواب كتاب الوصايا.

(٤) راجع وسائل الشيعة: ج ٢٣ ص ٩١، الباب ٥٦ من أبواب كتاب العتق.

(٥) راجع وسائل الشيعة: ج ٢٢ ص ٧٧، الباب ٣٢ من أبواب مقدّمات الطلاق.

(٦) راجع وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ٢١١، الباب ١٥ من كتاب الوقوف والصدقات.

وكذا لو بلغ عشراً عاقلاً على الأظهر [١] *

خصوصاً إذا كان بعض مواردها الطلاق.

ومنها: أنّه قد روى المشايخ الثلاثة عن صفوان بن يحيى عن عيص بن القاسم عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سألته عن اليتيمة متى يدفع إليها مالها؟ قال: «إذا علمت أنّها لا تفسد ولا تضيع ...» [٢].

المؤيّد بمفهوم ما عن الأصبغ عن أميرالمؤمنين عليه السلام: «أنّه قضى أن يحجر على الغلام المفسد حتّى يعقل» [٣].

ولعلّ الجمع بين الدليلين عدم استقلال الصبيّ المميّز في التصرّف وكونه محتاجاً إلى إذن الوليّ. وإذنه طريق إلى إحراز المصلحة، ووقوع المعاملة عن الصبيّ بدون إذن الوليّ لا أثر له ولو احتمل مراعاة المصلحة الواقعيّة، فوقوعه عنه بدون الإذن طريق إلى البطلان كما أنّ وقوعه من الوليّ أو بإذنه طريق إلى الصحّة، من جهة إحراز المصلحة الواقعيّة للصغير؛ ومقتضى ذلك: صحّة عقده لو علم مراعاته للمصلحة الواقعيّة ولو مع منع الوليّ؛ لكنّ الأحوط الّذي لا يترك مراعاة تصويبه، وأحوط منه صدور الإذن منه والرضا بالمعاملة.

حكم معاملة الصبيّ إذا بلغ عشراً

(*) خلافاً للشيخ رحمه الله على ما نسب إليه [٤].

وفي مفتاح الكرامة عن المبسوط أنّه لا يصحّ بيع الصبيّ ولا شراؤه، أذن له الوليّ أم لم يأذن. وروي أنّه «إذا بلغ عشر سنين وكان رشيداً كان جائز التصرّف» [٥].

---

(١) شرائع الإسلام: ج ١ ـ ٢ ص ٢٦٧.

(٢ و ٣) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٤١٠ ح ٣ و ٤ من ب ١ من أبواب كتاب الحجر.

(٤) راجع مفاتيح الشرائع: ج ٣ ص ٤٦ مفتاح ٨٩٥.

(٥) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٥٤٥ ـ ٥٤٦.

إذا كان مستقلاًّ في إيقاع المعاملة. نعم، لو كان بمنزلة الآلة* بحيث يكون حقيقة المعاملة بين البالغين لا بأس به(١).

ﻫ أقول: لم‌نعثر على ما أشار إليه من الخبر المطلق،ولكن في كتاب الوصيّةفي الصحيح عن زرارة عن أبي جعفرعليه السلام قال: «إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنّه يجوز له في ماله ما أعتق أو تصدّق أو أوصى على حدّ معروف وحقّ فهو جائز»(٢).

وممّا ذكرناه في أصل المسألة يظهر الكلام في المقام من أنّه محمول على مراعاة المصلحة كما يومئ إليه بعض الأخبار الآخر: ففي خبر أبي بصير وغيره عن أبي عبدالله‌عليه السلام في وصيّة ابن عشر سنين قال: «إذا أصاب موضع الوصيّة جازت»(٣).

كما أنّه ظهر وجه باقي المتن، فإنّ الوجه فيه أنّ مقتضى مامرّ من الدليل: عدم صحّة عقد الصبيّ وإيقاعه، خرجت الوصيّة والصدقة والعتق وبعض الأُمور الأُخرى منه وبقي الباقي. والقياس غير جائز في المذهب، والمرسل الّذي رواه الشيخ غير معلوم الحجّيّة، والشيخ‌قدس سره لم يتّكل عليه فكيف يؤخذ به؟!

لو كان الصبيّ بمنزلة الآلة

(*) هذا يتصوّر على وجوه:

الأوّل: أن يكون الصبيّ آلةً للقبض والإقباض مع وقوع المعاملة بين الطرفين من غير جهة القبض والإقباض بإيقاعها قبلاً أو بعداً.

وهذا لا إشكال فيه كما هو واضح.

الثاني: أن يعلم برضى الوليّ في التصرّف في ماله أو في مال الصبيّ إذا أقبضه ﻫ

---

(١) وسيلة النجاة: ج ٢ ص ٢٣، القول في شرائط المتعاقدين: الأمر الأوّل: البلوغ.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ٣٦٢ ح ٤ من ب ٤٤ من كتاب الوصايا.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ٣٦٣ ح ٦ من ب ٤٤ من كتاب الوصايا.

المسألة الأُولى: ظاهر المشهور أنّه كما لا تصحّ معاملة الصبيّ لنفسه كذلك لا تصحّ لغيره أيضاً إذا كان وكيلاً عنه حتّى في ما لو أذن له الوليّ في الوكالة، بل لا يصحّ منه مجرّد إجراء الصيغة ولو كان أصل المعاملة بين البالغين، فهو مسلوب العبارة وكان عقده كعقد الهازل والغافل. وهذا التعميم عندي محلّ نظر وإشكال*.

◄ الصبيّ، فإقباضه موضوع لإباحة التصرّف المعلومة على الفرض المذكور أو للعلم بطيب نفس الوليّ بذلك.

وهذا مفيد لجواز التصرّف بدون وقوع المعاملة البيعيّة.

الثالث: أن يقصد التمليك بإقباض الصبيّ، كأن كان المتعاملان في مجلس واحد وأعطى البائع المال للصبيّ ليعطيه الطرف الآخر فيقصد بذلك التمليك لا بفعل نفسه بالمباشرة بل بما حصل بتسبيبه، وذلك ممّا يساعده العرف في الهديّة فإنّها تحصل بالتسبيب ولو كان محتاجاً إلى زمان طويل جدّاً، وقد سبق[1] نقل ما لعلّه محقّق في محلّه من إهداء المارية من جانب النجاشيّ إلى النبيّ ﷺ من دون نقل إيجاب وقبول لفظيّ أو فعليّ غيره.

ولا يخفى أنّ صحّة هذا القسم تتوقّف على كونه ممّا يعرفه العرف ويطلق عليه البيع كسائر أقسام المعاطاة. وقد سبق[2] ماله نفع في المقام، وهو وليّ الإلهام.

في الإشكال على المشهور القائلين بكون الصبيّ مسلوب العبارة مطلقاً

(*) ربما يمكن أن يقال: إنّ الإشكال على المشهور في هذا الفرع ينافي ما أفتى به في الفرع السابق من بطلان عقد الصبيّ ولو كان بإذن الوليّ، إذ مقتضى التعميم المصرّح ◄

---

(١) في ص ٥٥.

(٢) في ص ٥٤.

به هناك: أنّه مسلوب العبارة، ولو لم يكن كذلك بل كان منهيّ التصرّف فلا وجه للبطلان إن كان بإذنه، لأنّه يتصرّف بتسليطه وتسبيبه.

ويمكن أن يجاب بأنّ إيقاع العقد لنفسه بإذن الوليّ غير إيقاعه وكالةً عنه لنفسه، فإنّ الوكالة عبارة عن نقل آثار فعل الموكّل إلى الوكيل بدون انعزال نفسه عنها، فالإيقاع بعنوان الوكالة هو أن يكون العقد عقد الموكّل في جميع الآثار الّتي منها جوازه وضعاً وتكليفاً، فالعقد يجوز من جهة أنّ عقد الوليّ مورد للجواز، وهذا بخلاف صورة الإذن فإنّه مع الإذن إن قلنا بالجواز يجوز عقد الصبيّ في نفسه لا من باب كونه فعل الوليّ وهو مورد للجواز، كما في إذن العمّة والخالة لنكاح بنت الأخ أو بنت الأُخت فإنّه إذن ولا معنى للوكالة، لأنّه لا معنى للجواز لهما.

ومن هنا ينقدح معنىً رابع لكون الصبيّ آلةً حتّى بالنسبة إلى البيع لنفسه، فإنّه يمكن أن يبيع لنفسه وكالةً عن وليّه، فالحكم بعدم جواز فعله لا ينافي انتقال الجواز إليه بأدلّة الوكالة.

كما أنّه يمكن أن يجاب أيضاً بأنّ بيع الصبيّ مال نفسه لنفسه لا يجوز ولو مع توكيل الوليّ لذلك، لإطلاق الآية الشريفة المتقدّمة[1] والدليل الثالث الدالّ على حجر الصبيّ بالنسبة إلى ماله، وهذا بخلاف مال غيره وكالةً أو بإذنه أو فضولةً مع التعقّب بالإجازة.

كما أنّه يمكن أيضاً أن يقال: إنّ التوكيل إن تحقّق كان مصحّحاً لبيع الصبيّ المميّز إلّا أنّه لا يمكن تحقّقه في البيع لنفسه، لأنّ تقوّم الوكالة بأن يكون البيع للموكّل، فالتوكيل لا يتحقّق في الصبيّ بالنسبة إلى مال نفسه ولكن يتحقّق بالنسبة إلى مال غيره.

ثمّ إنّه لا يخفى أنّه ظهر ممّا ذكرناه اختلاف مصاديق عقد الصبيّ المميّز من حيث الصحّة والبطلان أو الوضوح والخفاء:

عدّ مصاديق العقد الصادر عن الصبيّ وأنّها تتجاوز عن العشرة

فمنها: أن يبيع مال نفسه بدون تصويب الوليّ وتوكيله أو إذنه مع عدم المصلحة أو مع عدم إحرازها.

---

(١) في ص ٦٩.

↲ وهذا هو المتيقّن من الأدلّة الدالّة على البطلان.

ومنها: الصورة المتقدّمة لكن مع فرض إذن الوليّ، فالوليّ لايرى الصلاح أو يكون متردّداً فيه ومع ذلك يأذن له في البيع.

لايبعد شمول أدلّة البطلان لها.

ومنها: الصورة لكن مع فرض توكيل الوليّ أن يبيع الصبيّ ماله لنفسه.

فالظاهر هو الحكم بالبطلان، لا من حيث كونها مشمولةً لدليل بطلان معاملة الصبيّ، بل من جهة أنّ تصرّف الوليّ لايكون على طبق مصلحة الصغير إن قلنا بلزوم مراعاتها أو فرض احتمال المفسدة في تلك الصورة، فتأمّل.

ومنها: أن يبيع الصبيّ ماله لنفسه بتشخيص الوليّ أنّه متضمّن للمصلحة لكن بدون توكيله أو إذنه.

ومنها: أن تكون واجديّته للمصلحة مقطوعة ومع ذلك لم يكن مقروناً بتوكيل الوليّ وإذنه.

ظهر ممّا ذكرناه إمكان الحكم بالصحّة في الصورتين، لكنّ الأحوط تحصيل الإذن بل التوكيل من جانب الوليّ.

ومنها: أن يكون بتشخيص الوليّ وتوكيله.

والظاهر هو الصحّة كما عرفت.

ومنها: أن يكون صلاحه بتشخيص الوليّ وإذنه لكن من غير توكيل.

لا يبعد الحكم بالصحّة فيه.

ومنها: أن يبيع مال غيره فضولةً فأجاز.

ومنها: أن يبيع مال غيره بإذنه.

ومنها: أن يبيع مال غيره بتوكيله. والكلّ قد يفرض مع إذن الوليّ وقد يفرض بدون إذنه.

والقدر المتيقّن في الحكم بالصحّة هو صورة التوكيل من الغير مع إذن الوليّ وإن كانت الصحّة في كلّ من تلك الصور الثلاثة غير بعيدة يعرف وجهها ممّا مضى. والله أعلم.

الثاني: العقل، فلا يصحّ بيع المـجنون[١] *. سـواء أذن له الوليّ أم لا، وسواء رضي بذلك بعد زوال عذره أم لا، وكذا الحكم في السكران[٢] **

الشرط الثاني: العقل، فلا يصحّ بيع المجنون

(*) قال‌‌ﷺ: في الجواهر: لا أجد فيه خلافاً، بل الإجماع بقسميه عليه بل الضرورة من المذهب بل الدين، لا لعدم القصد بل لعدم الاعتبار بقصده[٣].

وخلاصة الوجـه فيه ـ مضافاً إلى ما عرفت من الإجماع والضرورة المدّعاة ـ أنّ العقلاء يعاملون مع إنشائه معاملة العدم، فالبيع الّذي ينشؤه لايكون مصداقاً للبيع في العرف حتّى تشمله العمومات أو كانت قابلةً للإجازة بعد ذلك أو حينه من جانب الوليّ. واشتمال إنشائه على مفهوم البيع غير حصول المصداق العرفيّ للبيع فتأمّل.

ومن ذلك يظهر الوجـه في التعميم المصرّح به في القواعد من جهة إذن الوليّ أو إجازته بنفسه بعد زوال العذر، لأنّه بحكم العدم عند العرف، ولعلّه واضح جدّاً.

وكذا لا يصحّ بيع السكران إن كان غير مميّز

(**) لأنّه بحكم المجنون في حال سكره. وقد عرفت ما هو الوجه فيه.

قال السيّد الماجد في مفتاحه: وفيها ـ أي التذكرة ـ وفي نهاية الإحكام: لا عبرة بعبارة المجنون في العقد إيجاباً ولا قبولاً لنفسه ولغيره، سواء أذن له الوليّ أم لا. وكذا المغمى عليه والسكران والنائم، سواء رضي كلّ منهم بما فعله بعد زوال عذره أو لا، لارتفاع العقل الّذي هـو مـنـاط صحّة التصرّفات. ونحوه ما فـي الشرائع والتحرير والإرشاد والدروس وتعليق الإرشاد والروضة والمسالك والميسيّة ومجمع البرهان ↖

(١) وسيلة النجاة: ج ٢ ص ٢٤.
(٢) من قواعد الأحكام: ج ٢ ص ١٧.
(٣) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٤٢٩.

غير المميّز[١]*.

الثالث: القصد، فلا يصحّ بيع غير القاصد كالهازل والغالط**

↩والكفاية والمفاتيح وحواشي الكتاب واللمعة وجامع المقاصد. وذلك كلّه ممّا لاريب فيه عندهم[٢].

(*) والملاك كون سكره ضعيفاً بحدّ يكون قوله معتبراً عند العقلاء. ولو شكّ في التميز فلعلّ الظاهر هو الحكم بالفساد، لعدم القطع بصدق البيع عليه عرفاً حتّى في فرض كونه مسبوقاً بالتميز، لأنّ استصحاب بقاء التميز لايثبت صدق البيع العرفيّ على إنشائه. واستصحاب صحّة البيع على تقدير تحقّقه من التعليق في الموضوع.

الشرط الثالث: القصد، فلا يصحّ بيع الهازل والنائم والمغمى عليه والغالط بالنسبة إلى ما قصده غلطاً، والإشكال في الساهي وكذا الغالط بالنسبة إلى ما غفل عنه

(**) **الغلط هو وقوع اللفظ** بدون القصد الجدّيّ كما يظهر من مكاسب الشيخ ﵀[٣]. وعدم وقوعه بالنسبة إلى ما غلط فيه واضح، فمن كان قاصداً للبيع وكان مريداً للتلفّظ بالبيع فغلط فقال: «آجرت» لا يصحّ إجارةً؛ وأمّا عدم صحّته بيعاً فالوجه فيه عدم المظهر، وهو مسلّم في البيع الّذي هو من العقود إذا لم يكن الطرف متوجّهاً إلى الغلط. وأمّا لو كان متوجّهاً إليه وعلم أنّ مقصوده من الإجارة هو البيع فعدم صحّته غير معلوم، بل لايبعد الصحّة، لصدق البيع ولو لم يكن متعارفاً، لأنّ عدم التعارف غير عدم الصدق على فرض التحقّق، مضافاً إلى كفاية دليل السلطنة لصحّته على طبق ما قصده المتعاقدان.

---

(١) شرائع الإسلام: ج ١ ـ ٢ ص ٢٦٨.

(٢) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٥٥٢.

(٣) ج ٣ ص ٢٩٥.

والساهي[١]*. وكذا النائم والمغمى عليه ولو رضي كلّ منهم بما فعله بعد زوال عذره[٢].

الرابع: الاختيار، فلا يقع البيع من المكره**. والمراد به الخائف على ترك البيع من جهة توعيد الغير عليه بإيقاع ضرر عليه.

(*) في بطلانه إشكال، لأنّ الإرادة الجدّيّة حال السهو موجودة وليس مثل الهزل. نعم، الرضا المبنيّ على السهو لا يؤثّر في حصول التملّك وجواز التصرّف. فلابدّ من لحوق الرضا بعد رفع السهو.

والحاصل: أنّ بطلان الإنشاء السهويّ بحيث لا يقبل التصحيح حتّى بعد لحوق الرضا مشكل جدّاً. وهذا بخلاف الهازل والنائم والمغمى عليه. فإنّ عدم ترتّب الأثر وكون ما صدر عنهم بحكم المعدوم واضح عرفاً. وليس حديث الرفع بالنسبة إلى السهو إلّا مثل نسبته بالنسبة إلى المكره. والفرق بين السهو والإكراه غير واضح.

الشرط الرابع: الاختيار، فلا يقع بيع المكره

(**) **قال السيّد الماجد**: قد نفى عنه الخلاف في الغنية والرياض. واستظهر ذلك ـ أي عدم الخلاف ـ في مجمع البرهان. وادّعى عليه الإجماع في التذكرة والحدائق. وذلك في غير المكره بحقّ[٣].

وفي الجواهر: بلاخلاف أجده فيه بيننا. بل الإجماع بقسميه عليه. بل الضرورة من المذهب[٤].

واستدلّ عليه بأمور:

---

(١) وسيلة النجاة: ج ٢ ص ٢٤.

(٢) من قواعد الأحكام: ج ٢ ص ١٧.

(٣) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٥٥٣.

(٤) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٤٣٠.

الأوّل: قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَاتَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ...﴾[1].

الثاني: مامرّ[2] بطرق عديدة معتبرة عن أبي عبدالله عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله. وفيه: «فإنّه لايحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلّا بطيبة نفسه».

الثالث: ماروي بطرق متعدّدة:

منها: مارواه في الوسائل عن الصدوق في التوحيد والخصال عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: رفع عن أُمّتي تسعة أشياء: الخطأ، والنسيان، وما أُكرهوا عليه، وما لا يعلمون، وما لا يطيقون، وما اضطرّوا إليه ...»[3].

الرابع: ماورد من عدم صحّة طلاق المكره وعتقه:

ففيها عن الكافي في الحسن أو الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن طلاق المكره وعتقه، قال: «ليس طلاقه بطلاق، ولا عتقه بعتق ...»[4].

الخامس: عدم قصد المدلول، فإنّ المكره لايكون مكرهاً على قصد حصول المدلول حقيقة فلا يقصد المدلول، وإن قصده لايكون مكرهاً في ذلك، لعدم تصوّر الإكراه على القصد إلّا أن يكون المكرِه هو العالم بالسرائر، وهو فرض محض.

السادس: ماورد من عدم صحّة الحلف المستكره عليه:

ففيها عن الكافي عن ابن سنان قال: قال أبو عبدالله عليه السلام: «لا يمين في غضب، ولا في قطيعة رحم، ولا في جبر، ولا في إكراه ...»[5].

وفي الصحيح عن أبي الحسن عليه السلام في الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعتاق وصدقة ما يملك أيلزمه ذلـك؟ فقال: «لا، قال رسول الله صلى الله عليه وآله: وضع عن أُمّتي

---

(١) سورة النساء: ٢٩.

(٢) في ص ٥٩.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٦٩ ح ١ من ب ٥٦ من أبواب جهاد النفس.

(٤) وسائل الشيعة: ج ٢٢ ص ٨٦ ح ١ من ب ٣٧ من أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه.

(٥) وسائل الشيعة: ج ٢٣ ص ٢٣٥ ح ١ من ب ١٦ من كتاب الأيمان.

ولا يضرّ بصحّة البيع الاضطرار الموجب للإلجاء وإن كان حاصلاً من إلزام الغير بشيء*، كما إذا ألزمه ظالم على دفع مال فالتجأ إلى بيع ماله لدفع ذلك المال إليه.

ما أُكرهوا عليه، وما لم يطيقوا، وما أخطأوا»[١].

ومثله أو قريب منه ما عن نوادر أحمد بن محمّد بن عيسى عنه عليه السلام[٢].

وهذا ممّا يوضح التمسّك بحديث الرفع لرفع الحكم الوضعيّ كما أشار إليه الشيخ المؤسّس الأنصاريّ في المسألة فراجع[٣].

ثمّ لايخفى أنّه يمكن أن يختلج ببال الناظر عدم صحّة التمسّك ببعض الأدلّة الّتي أشرنا إليه.

لكن يمكن رفع الشبهة بما سيأتي إن شاء الله تعالى في صحّة بيع المكره مع تعقّب الرضا من شرح مفاد البيع المكره عليه.

صحّة بيع المضطرّ

(*) فإنّ الرضا ولو بعنوان دفع الضرر عن نفسه موجود، فإنّه وإن كان يدفع الضرر أيضاً مع فرض الفساد بأن يأخذ الثمن في البيع غير المقصود به وقوع البيع جدّاً ويدفع إلى المكرِه لدفع الظلم عن نفسه إلّا أنّه ليس بناء العقلاء على عدم الإرادة الجدّيّة فيه، من جهة أنّ المشتري لايكون ظالماً فلاوجه للظلم عليه، ومن جهة أنّ البائع يريد التصرّف في المال بأخذه من المشتري ودفعه إلى الظالم فلابدّ أن لايكون على وجه العدوان، وهذا بخلاف البيع من المكرِه فإنّه يمكن أن يتصرّف في الثمن بنحو التقاصّ، فقد تحقّق

---

(١) وسائل الشيعة: ج ٢٣ ص ٢٢٦ ح ١٢ من ب ١٢ من أبواب كتاب الأيمان.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٢٣ ص ٢٢٧ ح ١٤ من ب ١٢ من أبواب كتاب الأيمان.

(٣) المكاسب: ج ٣ ص ٣٠٨.

ولافرق في الضرر المتوعّد به بين أن يكون متعلّقاً بنفس المكره نفساً أو عِرضاً أو مالاً أو بمن يكون متعلّقاً به كولده وعياله ممّن يكون إيقاع محذور عليه بمنزلة إيقاعه عليه. ولو رضي المكره بالبيع بعد زوال الإكراه صحّ*

أنّ القصد إلى وقوع المعاملة جدّاً والرضا بالعنوان الثانويّ موجود، فلاوجه للبطلان.

وتوهّمُ «أنّ عموم رفع الاضطرار يدلّ على عدم صحّة المعاملة كما في المكره» مدفوعٌ بما هو من الواضحات من أنّ المرفوع مختصّ بما فيه الامتنان.

ومن هنا يظهر أنّه يمكن أن يناقش في بعض أفراد الاضطرار ويحكم بفساد البيع، مثل ما إذا كان إكراه الظالم وحضور المشتري للابتياع من باب التوطئة على المالك بأخذ ماله من يده وكان البائع بحيث لايتصرّف في الثمن، بل له أن يجعل الأمر إلى المشتري، فحينئذٍ يمكن عدم حصول القصد والرضا ويكون الرفع امتنانيّاً.

لو رضي المكره بالبيع بعد زوال الإكراه صحّ

(*) في الجواهر: إنّه مشهور نقلاً إن لم يكن تحصيلاً، بل في الرياض والحدائق أنّ ظاهرهم الاتّفاق عليه[1].

ويستدلّ عليه بأُمور:

الأوّل: بناء العقلاء المحكّم في المعاملات، فإنّه لا يشترط بحسب بنائهم مقارنة الرضا للعقد، بل لابدّ من العقد وحصول الرضا ولو كان بعد العقد ـ فتأمّل ـ ولذا يحكم بصحّة الفضوليّ إذا تعقّبه إجازة المالك.

الثاني: عموم «الناس مسلّطون على أموالهم»[2] المقتضي لتأثير الرضا، فإنّ المالك يرضى بالعقد الواقع عنه مكرهاً بداعي حصول الملكيّة الشرعيّة لصاحبه، وهذا إعمال

---

(١) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٤٣٢.

(٢) عوالي اللآلئ: ج ١ ص ٢٢٢ ح ٩٩.

للسلطنة المالكيّة فلابدّ من نفوذها.

الثالث: عموم وجوب الوفاءبالعقود،وعدم وجوب الوفاء قبل حصول الرضا لايكون تخصيصاً بالنسبة إلى الوفاء بعد حصوله؛ فالفرد الخارج منه غير الفرد الّذي يتمسّك به لتعلّق الوجوب به،لأنّه لاوجه لأن يقال:إنّ الخارج عن العموم هو العقد،بل القدر المسلّم هو الوفاء بالعقد قبل حصول الرضا، وهو غير الوفاء به بعد حصوله.

وربما يناقش في صحّته لولا الإجماع كما في الجواهر(١).

وما يمكن أن يكون وجهاً لتلك يلخّص في اُمور:

منها: النقض بما تقدّم من بيع الهازل والساهي والمجنون، فإنّه لا شبهة عندهم في عدم صحّته ولو مع لحوق الرضا بعد رفع المانع من الهزل والسهو والجنون، فحينئذٍ يقال بأنّه ما هو الفرق بينه وبين البيع المكره عليه؟

ومنها: أنّه لا يتحقّق الإكراه بالنسبة إلى قصد البيع جدّاً، فحينئذٍ إمّا لايقصد المكرَه وقوعه جدّاً بل ولا هزلاً، وإمّا أن يقصده ولايكون عن إكراه فيكون نظير ما لو اُكره على الطلاق فطلّق ناوياً فيخرج عن عنوان البيع المكره عليه فيصحّ من أوّل الأمر.

ومنها: أنّ مقتضى حديث الرفع المشار إليه(٢) هو رفع الحكم الثابت لولا الإكراه، وهو الصحّة من الابتداء إلى الأبد، فالصحّة المبحوث عنها أيضاً من آثار العقد المكره عليه المرفوع بالحديث المذكور.

ومنها: أنّ الظاهر من الآية الشريفة قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ﴾(٣) حصر التفصّي عن أكل المال بالباطل بالتجارةالحاصلة عن التراضي، ومقتضاها المقارنة بل التقدّم بحسب الرتبة.

ويدفع الأوّل بأنّ الفارق حكمالعقلاءبأنّ إنشاء الهازل والمجنون بحكمالعدم بخلاف المكرَه، وإلّا لم يكن وجه للإكراه، فإنّه بلحاظ الأثر المترتّب عليه، فتأمّل.

مع أنّك قد عرفت المناقشة في القطع بالبطلان بالنسبة إلى الساهي فراجع.

---

(١) ج ٢٣ ص ٤٣٢ ـ ٤٣٣.

(٢) في ص ١٢٨.

(٣) سورة النساء: ٢٩.

◄ والثاني بأنّه يمكن حصول الغفلة للدهشة وإيقاع الملكيّة الجدّيّة بالإرادة الحاصلة من إيعاد الغير، وحينئذٍ يكون الرضا ولو بملاك التوقّي عن الضرر موجوداً لكن يرفع أثره بحديث رفع الإكراه.

وبأنّه يكون محصّل عقد المكره مع الالتفات إلى عدم لزوم قصد البيع جدّاً ترتيبَ آثار الملكيّة خارجاً بإعطائه المال وعدم أخذه عنه، وأخذه الثمن، وعدم إقامة الدعوى عليه في المحاكم العرفيّة والشرعيّة، وهو الغالب في الخارج؛ فحينئذٍ لايكون المكرَه راضياً بحصول الملكيّة ولا بتصرّفات المكرِه فيه، ولا ينشئ الملكيّة له جدّاً ولكن يتعهّد بترتيب آثار الملكيّة عليه عملاً، والتعهّد المذكور لا أثر له، لأنّه عن كره، ولايجوز له التصرّف، لأنّه مال المكرَه ولا يحلّ أن يتصرّف فيه بدون رضاه.

هذا كلّه قبل الرضا بحصول الملكيّة.

وأمّا بعد الرضا بذلك فلا مانع من وجوب الوفاء بالتعهّد وهو ملازم للملكيّة، فتأمّل فإنّه حقيق به وبالتصديق، لأنّه الموافق لما يقع في الخارج من المعاملات المكره عليها، ويندفع بهإشكال قصد البيع للمكره بلا اقتضاء للإكراه لذلك ومع ذلك الحكم بصحّة البيع بعد الرضا،وقد أوضحنا الكلام فيذلك في التعليق علىمكاسب المؤسّس الأنصاريّ ﵁.

والثالث بأنّه لايجري الحديث على الظاهر في القسم الثاني من قسمي بيع المكره المشار إليه قُبيل ذلك وهو ما إذا لميقصد البيع بل قصد ترتيب الآثار عليه عملاً عن كره.

وجه عدم شموله اشتماله على مادّة الرفع الظاهرة في وجود المقتضي لولاه، ولا اقتضاء في المورد، لعدم قصد البيع كما عرفت.

وأمّا القسم الأوّل فالمرفوع هو ما كان رفعه امتناناً على المكرَه، وهو صحّة البيع أو لزومه في فرض عدم الرضا الحاصل من غير الإيعاد. وأمّا بعد الرضا فليس رفعهما امتناناً على المكرَه بل هو تحميل عليه وتحديد لسلطانه.

وممّا أشرنا إليه يظهر أنّ تعيّن الحكم بالبطلان في القسم الأوّل من قسمي بيع المكره محلّ نظر وإشكال، بل لعلّ الأوجه هو الحكم بالجواز. فكما أنّ المرفوع ►

ولزم*.

↲بحديث نفي الضرر في العقد المغبون فيه هو اللزوم لدفع الضرر بذلك كذلك في المقام، فإنّ الامتنان يحصل برفع اللزوم ولا امتنان في رفع الصحّة.

والرابع أوّلاً بعدم ظهور دلالته على الحصر بعد وضوح كون الاستثناء منقطعاً.

وثانياً بأنّ التجارة متى حصلت لابدّ أن تكون مع التراضي ولو بالعنوان الثانويّ، لعدم تصوّر الإجبار الحقيقيّ على اللفظ ولا على تصوّر المعنى فكيف بإنشائه؟ فليس القيد المذكور بحسب الظاهر لتنويع التجارة على قسمين، بل لعلّ المقصود هو الحثّ على التجارة ليحصل معها التراضي كما يقال: «لا تجئني بالليل المظلم وجئني بالنهار المضيئ» فالمقصود على هذا المعنى هو الحثّ على جلب التراضي بالحثّ على أفضل مصاديقه وأوضحها وأغلبهاوقوعاً في الخارج وهو التجارة، فالتراضي كافٍ في الخروج عن أكل المال بالباطل.

وثالثاً: يمكن أن يقال: إنّ الرضا بقصد حصول المعاملة تجارةٌ عن التراضي، فتأمّل.

ورابعاً: أنّ القسم الأوّل من قسمي بيع المكره عليه المشار إليهما في ذيل الدفع عن الثاني[1] تجارةٌ عن التراضي فلا إشكال فيه. وأمّا القسم الثاني فهو بالنسبة إلى ما تعهّد عليه المكره من ترتيب الأثر عملاً تجارة عن التراضي أيضاً ولو بالعنوان الثانويّ، ورفع الصحّة إنّما هو من جهة حديث رفع الإكراه.

ثمّ إنّ تقييد المتن الصحّةَ بما إذا كان الرضا بعد زوال الإكراه غير واضح، فإنّه لو رضي جدّاً مع وجود الإيعاد على الضرر صحّ ولزم على مقتضى ما تقدّم من الأدلّة.

لزوم البيع أيضاً في الفرض المذكور

(*) لما تقدّم من أصالة اللزوم في كلّ عقدٍ بل إيقاعٍ ثبت صحّته، فراجع[2].

---

(١) في ص ١٣٢.

(٢) ص ٥٧ إلى ص ٦٤.

المسألة الثانية: الظاهر أنّه لايعتبر في صدق الإكـراه عـدم إمكـان التفصّي بالتورية*،

الظاهر عدم اعتبار العجز عن التورية وبيان أدلّته والإيراد عليه

(*) وهو الّـذي يـلوح مـن كلام الشيخ الأنصاريّ اختياره، قال‌ﷺ: الّذي يظهر من النصوص والفتاوى عدم اعتبار العجز عن التورية(١).

وخلاصة ما استدلّ به‌ﷺ على ذلك اُمور:

الأوّل: أنّ حمل عموم رفع الإكراه وخصوص النصوص الواردة في طلاق المكرَه وعتقه ومعاقد الإجماعات والشهرات المدّعاة في حكم المكرَه على صورة العجز عن التورية لجهل أو دهشة بعيدٌ جدّاً، بل غير صحيح في بعضها من جهة المورد كما لا يخفى على من راجعها(٢).

أقول: ولعلّ البعض المشار إليه هو صحيح زرارة أو حسنه بإبراهيم عن أبي جعفرعليه‌السلام، وفيه: فقلت: فإن حلّفني بالطلاق والعتاق؟ فقال: «احلف له، ثمّ أخذ تمرة فحفر بها من زبد كان قدّامه، فقال‌عليه‌السلام: ما اُبالي حلفت لهم بالطلاق والعتاق أو أكلتها»(٣).

فإنّ مورد جواز الحلف المنبّه عليه في الذيل هو نفسه‌عليه‌السلام وهو منزّه عن الدهشة والغفلة. فلا يمكن حمل الحكم بجواز الحلف بالنسبة إلى نفسه‌عليه‌السلام على صورة الدهشة والغفلة عن إمكان التفصّي بالتورية. هذا.

ولكن ما ذكره‌ﷺ من أنّ «حمل عموم رفع الإكراه على صورة العجز عن التورية بعيدٌ» ليس له وجه، إذ لا بُعد أصلاً في ذلك. فإنّ للعموم المذكور مصاديق كثيرة بالنسبة إلى الموضوعات الّتي تكون مورداً للتكليف وما له أثر وضعيّ غير معامليّ كالضمان ونحوه والمعاملات. فتخصيص الأخير بصورة عـدم التمكّن مـن التورية لدهشة أو ←

(١ و ٢) المكاسب: ج ٣ ص ٣١٢.

(٣) وسائل الشيعة: ج ٢٢ ص ٨٦ ح ١ من ب ٣٧ من أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه.

غفلة من جهة عدم صدق عنوان الإكراه متعيّن قطعاً.

وما ذكره ﷺ من البُعد بالنسبة إلى خصوص ماورد في طلاق المكره وعتقه وإن كان وجيهاً إلّا أنّه لا يثبت المدّعى، لأنّه لو قلنا بأنّ إطلاق النصوص المشار إليها منزّل على خصوص ما أُريد الطلاق مكرهاً عليه لدهشة أو غفلة فهو بعيدٌ. وأمّا لو قلنا: إنّ لإطلاقها فردين: أحدهما: ما ذكر، والثاني: ما إذا لم يرد به الطلاق بل أُريد بذلك ترتيب الأثر خارجاً على عدم الزوجيّة بدون رفع الزوجيّة فلا إشكال في ذلك. وحينئذٍ نقول: إنّ الحكم ببطلان طلاق المكره من جهة أنّه إمّا يقصد الطلاق وينويه جدّاً مكرهاً عليه من باب الغفلة أو الدهشة أو الجهل بالحكم وتخيّل وقوعِ الطلاق باللفظ المكره عليه فينويه جدّاً، وإمّا من باب عدم نيّة البينونة والطلاق جدّاً. **والحكمُ** بشموله لفرد ثالث خارج عن عنوان المكره وهو أن يقصد الطلاق جدّاً مع عدم الغفلة وعدم توهّم أنّ التفصّي عن الضرر متوقّف عليه بعيدٌ جدّاً بل لاوجه له بعد عدم صدق العنوان الإكراهيّ على قصد الطلاق، فتأمّل جيّداً.

وأمّا الخبر الشريف المذكور فمورده **الحلف** بالطلاق والعتاق، وهو جائز ولو مع عدم الإكراه، لأنّه لا يتضمّن كذباً، فإنّ مفاده إنشاء نتيجة الطلاق والعتاق على تقدير كون الشيء الخاصّ في ماله مثلاً وهو ليس إلّا لغواً، وعلى تقدير تضمّنه الكذب فلا يدلّ إلّا على جواز الكذب لمصلحة كما تقدّم ولا يتوقّف على عدم التمكّن من التورية، **لاصدق الإكراه** بالنسبة إلى قصد المعنى أو ترتيب جميع آثار الإكراه على قصد المعنى الظاهر مع عدم وقوعه مورداً للإكراه.

والحاصل أنّ الخبر وكذا سائر الأخبار الواردة في الحلف الإكراهيّ لا يشمل صورة ما لو نوى الحلف وترتيب الأثر عليه جدّاً مع العلم والتوجّه إلى عدم وقوع الإكراه عليه، وعلى فرض شمولها فلا وجه لقياس البيع ونحوه عليه.

الثاني: أنّ القدرة على التورية لا تخرج الكلام عن حيّز الإكراه عرفاً[1].

---

(١) المكاسب: ج ٣ ص ٣١٣.

◄ **أقول:** صدق الإكراه على الكلام من باب كون اللفظ مورداً للإكراه، وهذا غير صدق الإكراه على قصد المعنى وإنشاء البيع جدّاً.

إن قلت: يكفي في البطلان كون اللفظ مورداً للإكراه، لأنّه دخيل في المعاملة فإذا ارتفع أثره بطلت المعاملة.

قلت: لو نوى البائع حصول البيع جدّاً مع فرض التوجّه إلى عدم كونه مورداً للإكراه وعدم عروض الدهشة عليه فلا محالة لايكره اللفظ أيضاً. ولو فرض كراهته للّفظ أيضاً فرفعُ الأثر عنه مع أنّ حصول المعاملة مورد لتعلّق غرضه ولو في فرض الإكراه على اللفظ بحيث لا يريد عدم وقوع ما يظهر وقوعه من لفظه خلافٌ للامتنان على المكرَه ونقضٌ لغرضه الحاصل له بالطبع من غير أن يكون ناشئاً من توعيد الضرر.

الثـالث: أنّ العجز عنها لو كان معتبراً لأُشير إليه في تلك الأخبار الكثيرة المجوّزة للحلف كاذباً عند الخوف والإكراه خصوصاً في قضيّة عمّار (١) و(٢).

وفيه: أنّه قد ظهر ممّا قدّمناه أنّ غاية ما يدلّ عليه ما أُشير إليه من الأخبار عدمُ حرمة الحلف كاذباً إذا أُكره عليه ولو كان متمكّناً من التورية وعدمُ الأثر في إيجابه لزومَ الوفاء عليه إذا كان مكرهاً على قصد الحلف جدّاً وترتيبِ الأثر عليه.

وأمّا دلالتها على عدم الأثر لو كـان الحلف فـي صورة الإكراه جدّيّاً بحيث كان الحالف مصمّماً على ترتيب الأثر حتّى مع العلم بعدم الإلزام بصِرف اللفظ والتوجّه إلى عدم إكراهه على قصد الحلف جدّاً وترتيبِ الأثر عليه **فغير واضحة.**

وعلى تقدير الدلالة فقياس البيع عليه غير واضح أيضاً.

ثمّ إنّه لو شملت الأخبار صورةالحلف الجدّيّ ولو مع الالتفات إلىعدم موجب له بحسب الشرع ولابحسب إكراه المكرِه فلاتشمل صورة البناءعلى العمل عليه جدّاً حتّى يقاس عليه صورة قصد البيع جدّاً وترتيب الأثرعليه عملاً، فتأمّل فإنّهلا يخلو عن الدقّة.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ٢٢٥ ح ٢ من ب ٢٩ من أبواب الأمر والنهي.

(٢) المكاسب: ج ٣ ص ٣١٥.

فلو أُلزم بالبيع واُوعد على تركه بإيقاع ضرر عليه فباع قاصداً للمعنى مع إمكان أن لا يقصد أصلاً أو يقصد معنىً آخر غير البيع يكون مكرهاً*. نعم، لو كان متمكّناً من التفصّي بغيرها ـ بأن يخلّص نفسه من المكره ومن الضرر المتوعّد به مع إيقاع البيع بما لم يكن ضرراً عليه مثل أن يستعين بمن ليس ضرر وحرج في استعانته ومع ذلك لم يفعل وأوقع البيع ـ لم يكن مكرهاً عليه**.

(*) بل لايكون مكرهاً في قصد المعنى فينشئ البيع عن الرضا والاختيار ولا يكون بحكمه:

أمّا الأوّل فواضح.

وأمّا الثـاني فقد أوضحنا في التعليق المتقدّم عدم دلالة الأخبار على كونه بحكم المكره فيه.

هذا بالنسبة إلى المعنى.

وأمّا اللفظ فلا يكون مكروهاً عنده إذا تعلّق غرضه بإنشاء البيع جدّاً من دون أن يكون ذلك من جهة تخيّل ترتّب الضرر على تركه كما هو المفروض، سواء كان تعلّقه به في عرض الإكراه كأن رأى البائع بعد الإكراه أنّ بيعه له مصلحة أو كان في طوله كأن تعلّق غرضه في فرض الإكراه من جهة أن يحلّ له التصرّف في الثمن أو من جهة أن لايقع المكرِه في العصيان والظلم، فحينئذٍ لا يرتفع الأثر بحديث رفع الإكراه، لأنّ رفعه مع مطلوبيّة للمكرَه خلاف الامتنان.

في ما أمكن التفصّي بغير التورية

(**) كماهوواضح، لكن إذا كان طريق التخلّص مكروهاًلديه وإن لميكن ضرريّاً أو حرجيّاً كأن كان طريقه الاستعانة بمن تكون إعانته موجبةً لتحمّل شيء من الامتنان ↖

المسألة الثالثة: لو أكرهه على أحد أمرين إمّا بيع داره أو عمل آخر فباع داره، فإن كان في العمل الآخر محذور دينيّ*

◄وادّعى البائع عدم قصد الإنشاء جدّاً يمكن الأخذ بقوله في مقام الإثبات، فإنّ ادّعاء ذلك في غيرالمفروض غيرمقبول، لكونه محجوجاً عليه بأصالة تطابق الاستعمال للجدّ.

وأمّا فيه فحيث إنّ المفروض هو العلم بأنّه كان كارهاً للبيع وإن لم يكن مكرهاً عليه فلا ظهور في البين.

وإن شئت قلت: إنّه لا حجّيّة للظهور المنعقد للبيع فمقتضى الأصل هو الفساد.

إلّا أن يقال: إنّ أصالة الصحّة في المعاملة جارية حينئذٍ، وهي أصل برأسه وليست عين الحجّة العقلائيّة المشار إليها، بل هي أصل أو أمارة متأخّرة عنها.

لكنّ الإنصاف أنّ جريانها لدى العقلاءفي المقام مشكل،فإنّ الكلام مكتنف بالكراهة الصالحة لكونها قرينة على عدم قصد البيع حقيقة.

وربما يؤيّد ما ذكرناه ماورد من الحكم ببطلان الطلاق إذا وقع مداراةً للأهل(١) مع أنّه لايكون إلّا مكروهاًوليس من مصاديق الإكراه فتأمّل،فإنّ المستفاد منه عدم وقوعه، من جهة عدم إرادتهالطلاق حقيقةً،لا الحكم بالبطلان فيمقام الإثبات وفصل الخصومة، بل لعلّ المستشعر منه أنّ الحكم هو الصحّة في مقام الإثبات، ففيه: والله جعلت فداك ما أردت الله، ولا أردت إلّا أن أُداريهم عن نفسي، وقد امتلأ قلبي من ذلك، فمكث طويلاً مطرقاً ثمّ رفع رأسه وهو متبسّم فقال:«أمّا بينك وبين الله فليس بشيء، ولكن إن قدّموك إلى السلطان أبانها منك»(٢).

لو أُكره على أحد الأمرين من بيع داره أو عمل آخر فباع داره

(*) **ولو كان العمل مكروهاً**شرعاً، من جهة أنّ أحد الأمرين مورد للإكراه وله أثر◄

(١ و ٢) وسائل الشيعة: ج ٢٢ ص ٨٧، الباب ٣٨ من أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه.

أو دنيويّ يتحرّز منه* وقع البيع مكرهاً عليه، وإلّا وقع مختاراً**.

المسألة الرابعة: لو أكرهه على بيع أحد الشيئين على التخيير فكلّ ما وقع منه يقع مكرهاً عليه، وأمّا لو أوقعهما معاً: فإن كان تدريجاً فالظاهر وقوع الأوّل مكرهاً عليه دون الثاني***،

قابل للرفع وإن كان في رفع الحكم غير الإلزاميّ إشكال، لأنّ رفعه ليس مقتضى الامتنان، فتأمّل.

(*) **هذا إذا كان** ضرريّاً أو حرجيّاً، وإلّا كان بحكم الشقّ الثاني الّذي يجيء الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

(**) **الوجه فيه** على ما يستفاد من الشيخ المؤسّس الأنصاريّ [1] أنّ خصوص البيع لايكون مصداقاً للمستكره عليه حتّى يرتفع أثره بحديث رفع الإكراه، وأحد الأمرين الّذي وقع مورداً للإكراه لا أثر له، وإلّا كان العمل الآخر ذا أثر، وهو خلف الفرض، لأنّ المفروض عدم الأثر في العمل الآخر، وإلّا كان فيه محذور دينيّ.

ولكن عندي في ذلك نظر، لأنّ المرفوع بأثره في المعاملات ليس البيع المستكره عليه ولو لم يقع، لأنّ البيع غير الواقع في الخارج لا أثر له بحسب الاقتضاء حتّى يرتفع، ولأنّ رفع الأثر عن أحد الأفراد على النحو غير المعيّن لايكون ظاهراً من دليل الرفع، ولأنّه على فرض التسليم لاوجه للتعيّن في الفرد الأوّل،فالموضوع للرفع هو ما وقع في الخارج مكرهاً لا ما اُكره عليه قبل الوقوع في الخارج، ولاريب أنّ ما وقع في الخارج مكرهاً ـ وهوالبيع في فرض المسألة ـ يكون موضوعاًللأثرالشرعيّ وهومرفوع، فتأمّل.

لو اُكره على بيع أحد الشيئين على التخيير وأوقع أحدهما أو أوقعهما بالتدريج

(***) **هذا واضح** بحسب مقام الإثبات إلّا أن يكون في البين قرينة متّبعة عند

---

(١) راجع المكاسب: ج ٣ ص ٣٢١.

لا العرف على قصد البيع في الجميع لا على وجه الإكراه، والاستثناء المذكور لاينحصر بالفرع بل يجري في جميع أفراد بيع المكره، أو كانت قائمةً على عدم قصد البيع في الجميع كما يتّفق ذلك في خصوص الفرع كثيراً كمصراعي الباب وغيره.

وأمّا بحسب مقام الثبوت فقد يقصد البيع جدّاً في الجميع، وقد لايقصد البيع في الجميع، من جهة أنّ بيع الآخر إنّما هو من شؤون الإكراه كمصراعي الباب وزوجي النعل، وقد لايقصد البيع في الأوّل ويقصد في غيره، وقد يقصد البيع في الأوّل دون الثاني. وتصوير ذلك يمكن من باب عروض الدهشة والغفلة على النفس وتوهّم ترتّب الضرر على ترك البيع الثاني دون الأوّل.

أمّـــا الأوّل: فإن كان القصد الحاصل فيهما غير معلول عن إيعاد الضرر ولايكون الغاية في البيع دفع الضرر المتوعّد عليه فيصحّ فيهما كما هو واضح، وإن كان القصد الحاصل في البيع الأوّل لغاية دفع الضرر والثاني لمصلحة يراها بنفسها فيبطل الأوّل ويصحّ الثاني، وإن كان بالعكس بأن كان البيع الأوّل للمصلحة الّتي يراها لنفسه والثاني لدفع شرّ المكره من باب الغفلة عن تحقّق البيع الأوّل فيصحّ الأوّل، لحصول الإرادة غير المعلولة للإكراه وعدم شمول الحديث لمثل ذلك، فإنّ رفع الأثر وتحميل خلاف المقصود على البائع لايكون امتنانيّاً، وأمّا البيع الثاني فلا يبعد الصحّة أيضاً، لعدم تحقّق الإكراه واقعاً وإن تخيّل تحقّقه.

ومنه يظهرحكم ما لو كان كلّ من البيعين واقعاً في الخارج بقصد التجنّب عن الضرر، فإنّ الأوّل باطل،لصدق الإكراه،والثاني لايكون كذلك،لأنّه ليس في البين إلّا تخيّل الإكراه.

وأمّا الثاني ـ وهو فرض عدم قصد البيع في الجميع ـ فواضح البطلان.

وظهر أيضاً حكم الثالث ـ وهو ما إذا لم يقصد البيع في الأوّل وقصد في الثاني ـ فإنّ الأوّل باطل والثاني صحيح ولو كان القصد في الثاني لتخيّل الإكراه، لما عرفت من عدم الدليل على بطلان البيع في مورد تخيّل الإكراه.

وأمّـا الرابـع فبطلان الثاني واضح، لفرض عدم القصد، وأمّا الأوّل فإن كان قصده معلولاً للمصلحة الّتي يراها لنفسه فهو صحيح، وإن كان من جهة التجنّب عن الضرر المتوعّد عليه فلا يصحّ.

وأمّا لو أوقعهما دفعةً ففي صحّة البيع بالنسبة إلى كـليهما* أو فسـاده كذلك** أو صحّة أحدهما والتعيين بالقرعة***

في الوجوه الآتية في ما أوقعهما دفعةً وأنّها خمسة

(*) وهو الّذي اختاره شيخ المتأخّرين‌ﷺ معلّلاً بأنّه خلاف المكره عليه[1]. واختاره السيّد الفقيه صاحب التعليق‌ﷺ معلّلاً بأنّ البيع المفروض يكشف عن رضا البائع بأحدهما، ومعه لا إكراه، لأنّ المفروض أنّ ما ألزمه المكرِه عين ما هو راضٍ به فلا تكون كراهة في البين[2].

(**) قال الشيخ‌ﷺ: لوقوع أحـدهما مكرهاً عليه ولا ترجيح[3]. فيحكم بالبطلان في الكلّ.

ويمكن تـعليل البطلان في مقام الإثبات بعدم حكم العقلاء بوجود الإرادة الجدّيّة في‌ما يكون أحدهمامكرهاًعليه،فإذا احتمل عدم‌قصد البيع في‌الكلّ لادليل على‌وجوده.

(***) كما احتمله السيّد الفقيه الطباطبائيّ في تعليقه على المكاسب. ولكن اختار غيره وهو الحكم بالصحّة في الكلّ[4]. ووجهه واضح.

ولكن ردّ كما في تعليق المحقّق الإصفهانيّ بأنّ القرعة إنّما هي في‌ما كان له تعيّن واقعيّ مجهول[5].

أقـول: وهنا وجه رابع أشار إليه‌الشيخ‌ﷺ في‌ما لو أوقعهما تدريجاً من الرجوع إلى المكرِه في التعيين[6]. ولاريب أنّ هذا الفرع أولى بتمشّي الاحتمال المشار إليه. فتأمّل.

ووجهه القطع بالصحّة في ما عيّنه للمضيّ عليه، فإنّه على فرض كونه مكرهاً عليه قد صحّ من باب دلالة ذلك على الرضا به ولو بالفعل والشكِّ في الآخر مع عدم أصل ↖

---

(١) المكاسب: ج ٣ ص ٣٢٤.
(٢) حاشية المكاسب للفقيه اليزديّ: ج ٢ ص ٦٤، التعليقة ٨٩.
(٣) المكاسب: ج ٣ ص ٣٢٤.
(٤) راجع التعليقة ٨٩: ج ٢ ص ٦٤.
(٥) حاشية الإصفهانيّ على المكاسب: ج ٢، التعليقة: ٤١ ص ٥٤.
(٦) المكاسب: ج ٣ ص ٣٢٤.

وجوه لايخلو أوّلها من رجحان*.

↲ عقلائيّ يدلّ على تحقّق القصد إلى البيع.

ويمكن أن يوجّه بأنّ المفروض من الأمور الّتي لا تعلم إلّا من قبله، أو بأنّه في هذه الدعوى لايكون له معارض.

وهنا وجه خامس وهو صحّة أحدهما لابعينه، والتعيين بالقسمة المبنيّة على تراضي الطرفين، فيحكم بذلك في ما علم بقصد البيع في أحدهما وعدمه في الآخر لاعلى التعيين، أو علم بقصد البيع في أحدهما إكراهاً وفي الآخر اضطراراً كذلك بناءً على المشهور من بطلان بيع المكرَه في صورة القصد أيضاً، أو لم يعلم قصده فيحكم بذلك في مقام الإثبات، ولعلّه أقوى الوجوه. وهو العالم.

(*) لارجحان فيه، فإنّ ما أُشير إليه في التعليق على جملة «ففي صحّة البيع ...» من الوجهين[1] مردود:

أمّا الأوّل فبأنّ ما تحقّق في الخارج مشتمل على مصداق ما استكره عليه. وكون المجموع خلاف المكره عليه لا يؤثّر إلّا في عدم بطلان المجموع لا في بطلان أحد الفردين الّذي هو مكره عليه الّذي هو موجود أيضاً.

وأمّا الثاني فلأنّ بيع المجموع وإن كان كاشفاً عند العرف والعقلاء عن الرضا بأحدهما لكن لايكشف عن كون الرضا حاصلاً مع قطع النظر عن الإكراه، فالمظنون في أكثر الموارد أنّ الرضا حاصل في فرض كونه مكرهاً على بيع أحدهما، فإنّ من أُكره على بيع أحد مصراعي الباب فيبيع المجموع لايكون راضياً ببيع أحد المصراعين مع قطع النظر عن الإكراه حتّى لايصدق الإكراه، بل يكون راضياً به من باب كونه مكرهاً على بيع أحدهما.

والحاصل: أنّه في مقام الإثبات لا وجه للحكم بصحّة البيعين، بل يحكم ببطلان أحدهما وصحّةِ الآخر والتعيينِ بالقسمة ـ كما عرفت ـ على ما هو الأرجح.

---

(١) المتقدّمين في ص ١٤١.

وأمّا لو أكرهه على بيع معيّن فضمّ إليه غيره وباعهما دفعةً فالظاهر البطلان في ما أُكره عليه والصحّة في غيره*.

الخامس: كونهما مالكين للتصرّف، فلا تقع المعاملة من غير المالك إذا لم يكن وكيلاً عنه أو وليّاً عليه كالأب والجدّ للأب والوصيّ عنهما والحاكم، ولا من المحجور عليه لسفه أو فلس أو غير ذلك من أسباب الحجر.

المسألة الخامسة: معنى عدم الوقوع من غير المالك من المسمّى بالفضوليّ ـ وهو المحجور عليه ـ عدم اللزوم والنفوذ لا كونه لغواً، فلو أجاز المالك العقدَ الواقعَ من غير المالك أو الوليّ العقدَ الواقعَ من السفيه أو الغرماء العقدَ الواقعَ من المفلّس صحّ ولزم**.

في ما أُكره على بيع شيء معيّن فضمّ إليه غيره

(*) **هذا واضح** بحسب مقام الإثبات؛ وهذا **لا ينافي الحكم بالصحّة في الجميع** إذا علم كونه راضياً ببيع المجموع وأنّ كراهته بالنسبة إلى بيع المعيّن منفرداً عن الضميمة كما أُشير إليه في بعض حواشي الكتاب، فإنّ ما أُشير إليه ليس وجهاً للقول بالصحّة مطلقاً أو في مقام الإثبات كما يتراءىٰ من كلامه، بل هو الوجه الوحيد للمصير إلى الصحّة بلا إشكال في بعض الفروض؛ **كما لا ينافي الحكم بالبطلان** إذا علم عدم كونه قاصداً للبيع بالنسبة إلى المجموع، كمن أُكره على بيع أحد نعليه على النحو المعيّن فضمّ الآخر ولم يقصد التمليك في كلا النعلين.

الشرط الخامس: كونهما مالكين للتصرّف. في صحّة البيع لو وقع بإجازة المالك

(**) **قال** في **مفتاح الكرامة**: وهو قول الأكثر كما في المسالك والمفاتيح، ←

والمشهور كما في مجمع البرهان والكفاية، بل كاد أن يكون إجماعاً كما في الحدائق، وظاهر التذكرة في موضع منها الإجماع عليه حيث قال: إنّه جائز عندنا لكن يكون موقوفاً على الإجازة. وتظهر دعوى الإجماع من جامع المقاصد في باب الوكالة ـ إلى أن قال: ـ وعبارتا الخلاف والغنية صريحتان في البطلان ودعوى الإجماع عليه: قال في الخلاف: إذا باع إنسان مِلكَ غيره بغير إذنه كان البيع باطلاً، وبه قال الشافعيّ، وقال أبو حنيفة: ينعقد البيع ويقف على إجازة صاحبه وبه قال قوم من أصحابنا. دليلنا إجماع الفرقة، ومن خالف لا يعتدّ بقوله. ونحوه في الصراحة ما في الغنية.

والبطلان خيرة الإيضاح والحدائق وظاهر مجمع البرهان ويظهر من الوسائل ونقله في التنقيح عن شيخه السعيد ـ والظاهر أنّه فخر المحقّقين ـ ونقل عن مير محمّدباقر الداماد في جميع العقود[1]. انتهى مع تلخيص وإسقاط.

ذكر الأدلّة الدالّة على صحّة بيع الفضوليّ

وربما يستدلّ على صحّته أو تؤيّد بأُمور:

الأوّل: وضوح استقرار بناء العقلاء على الاكتفاء بالإجازة في جميع العهود والعقود، فإنّ التعبّد بشرط خاصّ لا وجه له بعيدٌ عن متعلّق بنائهم، فإنّ الوفاء بالعقد وترتيب الأثر عليه ليس إلّا من باب استناد العهد والعقد إلى شخص أو أشخاص؛ وأمّا لزوم كون لفظ العهد صادراً عن أنفسهم أو وكلائهم فلا، لأنّه لا وجه للتعبّد بذلك، فإنّه بعد وضوح كفاية الإذن السابق في الاستناد وترتيب الأثر عليه لافرق عندهم بين الإذن السابق واللاحق المسمّى بالإجازة. ولاريب أنّ البناء المزبور غيرمردوع عنهوإلّا لاشتهر وبان، ولمتكن سيرة المتشرّعة مستمرّة عليه كما أشار إلى ذلك في الجواهر: من ثبوت السيرة المأنوسة والطريقة المألوفة من تصرّف الوكلاء والمأذونين ـ لا سيّما مع كثرة المال

---

(١) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٥٩١ ـ ٥٩٤.

↵واتّساع الحال ـ في غيرالوجهالّذي تعلّق به الإذن، ثمّ إخبار الموكّلين وطلب الإجازة منهم، وكذا الأحبّاء والأصدقاء، ولا سيّما مع بُعد البلاد، وهي عادة معروفة لاتنكر [١].

الثاني: قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [٢] بناءً على كونه في مقام الحكم بحلّيّة البيع وتشريعها ولو إمضاءً وإن كان بعيداً عن مساق الآية، فراجع وتأمّل.

الثالث: قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَاتَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [٣].

الرابع: قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلْأَنْعَـٰمِ ...﴾ [٤].

الخامس: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ وَأَوْفُواْ بِٱلْعَهْدِ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا﴾ [٥].

السادس: قوله صلّى الله عليه وآله على مافي البحار عن العوالي: «إنّ الناس مسلّطون على أموالهم» [٦].

السابع: مفهوم الاستثناء في قوله صلّى الله عليه وآله: «فإنّه لا يحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلّا بطيبة نفسه» [٧]، فإنّ الإجازة متضمّنة لطيب نفس المال بجميع أنحاء التصرّفات حتّى المتوقّفة على المال، وهو حلال بمقتضى المفهوم، وهو مستلزم للملكيّة، فتأمّل.

الثامن: يمكن أن يقال: إنّ اشتراط كون العقد صادراً عن المالك أو واقعاً بإذنه السابق غيرمعلوم، ومقتضى حديث الرفع بل استصحاب عدم جعل الشرطيّةالمذكورةمن جانب الشرع: صحّة البيع المذكور، فإنّ باقي الشرائط مفروض التحقّق، والمشكوك محكوم بعدم دخالته في المعاملة، وأثر المجموع صحّتها كما لايخفى. وغير خفيّ أنّ الأصل المذكور حاكم على أصالة الفساد، لأنّها ليست إلّا عدم ترتّب الأثر، وهو مسبّب عن الاشتراط المذكور المرفوع بالاستصحاب وغيره، بل لو فرض تعارض الاستصحابين ↵

---

(١) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٤٤٦.
(٢) سورة البقرة: ٢٧٥.
(٣) سورة النساء: ٢٩.
(٤) سورة المائدة: ١.
(٥) سورة الإسراء: ٣٤.
(٦) بحارالأنوار: ج ٢ ص ٢٧٢ ح ٧ من ب ٣٢ من كتاب العلم.
(٧) وسائل الشيعة: ج ٢٩ ص ١٠ ح ٣ من ب ١ من أبواب القصاص في النفس.

يرجع إلى حديث الرفع كما هو واضح الوجه عند أهل الفنّ.

التاسع: خبر عروة البارقيّ، قال الشيخ أبوجعفر الطوسيّ في الخلاف: وأيضاً روي عن النبيّ أنّه عرض له جلب فأعطى عروة البارقيّ ديناراً ليشتري به شاةً للأضحيّة فاشترى به شاتين، ثمّ باع إحداهما بدينار فجاء إلى رسول الله بشاة ودينار، فقال: هذه الشاة وهذا ديناركم، فقال النبيّ : «كيف صنعت؟» فذكر له ما صنع، فقال له النبيّ : «بارك الله لك في صفقة يمينك»[١].

وربما يقال: إنّه غرفة بالمعجمة كما يلوح من أُسد الغابة حيث قال في غرفة الأزديّ: وهو الّذي دعا له النبيّ أن يبارك له في صفقته[٢]. ونقل المحقّق الإصفهانيّ في تعليقه عن «الاستيعاب» أنّه غرفة. وقيل: إنّه عرفة الأزديّ[٣]. وكيف كان، فالظاهر أنّه لا شبهة في انجبار السند بالاستناد إليه من زمن الشيخ الطوسيّ كما تقدّم في العبارة المنقولة عن الخلاف، بل جعلُ الفقهاء عنوان الخبر فرعاً في الفقه كما فيه وفي القواعد دليلٌ على الاستناد إليه والاعتناء بشأنه:

قال في القواعد: ولو قال: اشتر لي شاةً بدينار فاشترى شاتين ثمّ باع إحداهما بالدينار فالوجه صحّة الشراء[٤].

قال السيّد الماجد بعد ذلك: هو مذهبنا كما في الخلاف، والمذهب كما في جامع المقاصد، وفيه أيضاً: أنّه مذهب الشيخ والأصحاب ـ قدّس أسرارهم ـ. وهو خيرة المبسوط والتذكرة والتحرير والإرشاد والإيضاح وجامع المقاصد[٥].

ثمّ قال في القواعد: ووقوف البيع على الإجازة[٦].

قال السيّد المعظّم له: كما في التذكرة والتحرير والإرشاد والإيضاح. وفي المبسوط:

---

(١) الخلاف: ج ٣ ص ٣٥٤.

(٢) أُسد الغابة: ج ٤ ص ١٦٩.

(٣) حاشية الإصفهانيّ على المكاسب: ج ٢ ص ٨٣، التعليقة ٦٨.

(٤) قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٣٥٩.

(٥) مفتاح الكرامة: ج ٢١ ص ٢٠١.

(٦) قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٣٥٩.

﴿ أنّ فيه وجهين: الصحّة، لأنّ عروة باع إحدى الشاتين فأمضى صلى الله عليه وآله ذلك. والثاني: لا يصحّ، لأنّه لم يأذن له في البيع. وعلى هذا يكون عروة وكيلاً مطلقاً في التصرّف(١).

والمقصود من التطويل إثبات صحّة السند، من جهة استناد الأصحاب وغيرهم إليه كما يستفاد من الخلاف من أنّ المسألة بالعنوان الوارد في الخبر كان معنوناً في كتب العامّة أيضاً كالشافعيّ وأصحابه والطبريّ.

هذا بحسب السند.

وأمّا الدلالة فلعلّها مظنونة بالنسبة إلى العقد الثاني من بيع إحدى الشاتين، إذ لا وجه لدعوى علمه برضاه صلى الله عليه وآله ببيعه، لوضوح أنّ احتمالَ إرادة التصدّق بشاتين في سبيله تعالى على تقدير حصوله له صلى الله عليه وآله بما أعطاه من الدينار احتمالٌ عقلائيّ راجح. نعم، الظاهر أنّه كان عالماً برضاه صلى الله عليه وآله في إعطاء الشاة حتّى يخبره بذلك لسماحته وكرامة أخلاقه، بل المستفاد منه جواز ذلك لكلّ أحد مثله، لعدم نهيه عن الإعادة بمثل ذلك مع أنّ وجود الرضا الواقعيّ في كلّ ما يمكن أن يقع على النحو المذكور غير محرز.

كما أنّه لا وجه لادّعاء أنّه كان وكيلاً في جميع أُموره صلى الله عليه وآله من بيعه وشرائه، إذ لم ينقل ذلك مع وضوح سيرته صلى الله عليه وآله في التاريخ. واحتمالُ كونه وكيلاً مطلقاً في خصوص المعاملة المذكورة في الخبر يدفعه عدم ذكره مع كون الراوي بصدد بيان القضيّة الواقعة.

مع أنّه يتمّ حجّيّته على المطلوب بضمّ أصالة عدم توكيله مطلقاً كما أشار إليه شيخ الجواهر قدس سره(٢).

العــاشر: خبر محمّد بن قيس الّذي رواه المشايخ الثلاثة بالطرق المعتبرة عن أبي جعفر عليه السلام، قال: قضى في وليدة باعها ابن سيّدها وأبوه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً، ثمّ قدم سيّدها الأوّل فخاصم سيّدها الأخير فقال: هذه وليدتي باعها ابني بغير إذني، فقال: «خذ وليدتك وابنها»، فناشده المشتري، فقال: «خذ ابنه ـ يعني الّذي باع الوليدة ـ حتّى ينفذ لك مــا باعك»، فلمّا أخــذ البَيّع الابن قال أبوه: أرسل ابني فقال: ﴾

---

(١) مفتاح الكرامة: ج ٢١ ص ٢٠٣.

(٢) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٤٤٩.

لا أُرسل ابنك حتّى ترسل ابني، فلمّا رأىٰ ذلك سيّد الوليدة الأوّل أجاز بيع ابنه[١].

واللفظ منقول عن الوسائل عن الشيخ. قال ﷺ: ورواه الكلينيّ عن عليّ بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي نجران نحوه إلّا أنّه قال: قضى أميرالمؤمنين عليه السلام[٢].

ولايخفى أنّ دلالته ظاهرة، وليس في البين ما يوهنها إلّا دعوى ظهوره في ردّ البيع الأوّل مع أنّ الإجماع قائم على عدم تأثير الإجازة الحاصلة بعد الردّ. فحينئذٍ يشكل من جهة احتمال كون ذلك قرينة على أنّ المقصود من إنفاذ ما بيع أو إجازة بيع الابن هو البيع الجديد ولو من باب المعاطاة وإرسال الوليدة، فهو حينئذٍ امضاء لما فعله وإن كان بيعاً جديداً فيكون المقصود من قوله: «أجاز بيع ابنه» أنّه أرسل إليه الوليدة وابنها بقصد التمليك الّذي هو لتوافقه مع ما أنشأه الابن يصدق عليه ولو بالمسامحة أنّه أجاز بيع ابنه وأمضى ما فعله؛ لكن ظهورها في الردّ ممنوع، فإنّ المداقّة في المعاملة لرجاء بعض المنافع معمولة لدى العرف لا سيّما التجّار منهم، فإنّ رفع أمره إلى الحاكم عليه السلام وأخذ الوليدة وابنها لا يدلّ إلّا على عدم إجازة البيع الواقع بسهولة، فما وقع لايدلّ على عدم العزم على الإجازة أيضاً؛ وعلى فرضه لا يدلّ على كراهة وقوع البيع بل غايته الترديد في الإجازة؛ وعلى فرض دلالته على الكراهة لايدلّ على الردّ الّذي هو جعل البيع غير صالح للحوق الإجازة وجعله كالعدم، فالظهور في حصول إجازة بيع الابن بحاله وإن لم يكن قويّاً جدّاً.

الحادي عشر: الحسن أو الصحيح عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام، قال: سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده، فقال: «ذاك إلى سيّده، إن شاء أجازه وإن شاء فرّق بينهما»، قلت: أصلحك الله، إنّ الحكم بن عتيبة وإبراهيم النخعيّ وأصحابهما يقولون: إنّ أصل النكاح فاسد، ولاتحلّ إجازة السيّد له، فقال أبوجعفر عليه السلام: «إنّه لم يعص الله، وإنّما عصى سيّده،

(١) وسائل الشيعة: ج ٢١ ص ٢٠٣ ح ١ من ب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٢١ ص ٢٠٣.

◄فإذا أجازه فهو له جائز»(١).

وربما يوضحه موثّقه عنهعليه السلام، قال: سألته عن رجل تزوّج عبده امرأة بغير إذنه فدخل بها ثمّ اطّلع على ذلك مولاه، قال: «ذاك لمولاه، إن شاء فرّق بينهما، وإن شاء أجاز نكاحهما، فإن فرّق بينهما فللمرأة ما أصدقها، إلّا أن يكون اعتدى فأصدقها صداقاً كثيراً، وإن أجاز نكاحه فهما على نكاحهما الأوّل»، فقلت لأبي جعفرعليه السلام فإنّ أصل النكاح كان عاصياً، فقال أبو جعفرعليه السلام: «إنّما أتى شيئاً حلالاً وليس بعاصٍ لله، إنّما عصى سيّده ولم يعص الله، إنّ ذلك ليس كإتيان ما حرّم الله عليه من نكاح في عدّة وأشباهه»(٢).

ولايخفى أنّ دلالتهما على صحّة الفضوليّ مطلقاً واضحة بلحاظ التعليل الواقع في مقام الإثبات وتسجيل الحكم على الخصم الّذي لايحسن معهالتعبّد،بل لابدّ أن لايكون متضمّناً للتعبّد، فإنّ الحكم المذكور في قبال الفقهاء المشار إليهم في الحديث الأوّل، فلا معنى للتعبّد في التعليل. وخلاصة العلّة المشار إليها كون العقد واجداً للشرائط المجعولة لها من جانب الله تعالى أوّلاً وبالذات وعدم نقصان فيه إلّا بملاحظة حقوق من يمكن ملاحظتهمن تلك الجهةبتحصيل إجازته،وهي منطبقة على جميع أفراد الفضوليّ وأنواعه حتّى الإيقاعات، فافهم وتأمّل.

ثـمّ لايـخفى أنّ المستفاد من الموثّق قوله: «إلّا أن يكون اعتدى فأصدقها صداقاً كثيراً» أنّ الصداق من مال المولى، فهو أيضاً فضوليّ، من جهة نقل مال سيّده إلى زوجته. والحكم بصحّته مع الإجازة بنفسه دالّ على جواز البيع الفضوليّ الّذي هو أيضاً انتقال ماليّ بإلقاء بعض الخصوصيّات الّتي ربما يساعد العرف على إلقائها.

الثاني عشر: مادلّ على صحّة عقد النكاح إذا تعقّبته إجازة من له العقد، كخبر محمّد ابن مسلم عن أبي جعفرعليه السلام أنّه سأله عن رجل زوّجته أُمّه وهو غائب، قال: «النكاح ◄

(١) وسائل الشيعة: ج ٢١ ص ١١٤ ح ١ من ب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٢١ ص ١١٥ ح ٢ من ب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

جائز، إن شاء المتزوّج قبل، وإن شاء ترك، فإن ترك المتزوّج تزويجه فالمهر لازم لأُمّه»[١].

وصحيحِ أبي عبيدة، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوّجهما وليّان لهما وهما غير مدركين، قال: فقال: «النكاح جائز، أيّهما أدرك كان لهِ الخيار، فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر، إلّا أن يكونا قد أدركا ورضيا»، قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟ قال: «يجوز ذلك عليه إن هو رضي» ـ إلى أن قال: ـ قلت: فإن كان أبوها هو الّذي زوّجها قبل أن تدرك؟ قال: «يجوز عليها تزويج الأب، ويجوز على الغلام، والمهر على الأب للجارية»[٢].

وغيرِ ذلك.

ولايخفى أنّه لا كلام في دلالتهما على صحّة نكاح الفضوليّ مطلقاً أو في الجملة.

ووجه الاستدلال بها للبيع: إمّا إلقاء الخصوصيّة وأنّ الملاك ما مرّت الإشارة إليه في الحسن المتقدّم[٣]، وإمّا الأولويّة، لا من جهة لزوم الاحتياط، فإنّ الأولويّة في ذلك غير مربوطة بما هو الملاك في الأجزاء والشرائط الواقعيّة، بل من جهة ما هو الدخيل في إيجاد علاقة الزوجيّة وحلّها، فإنّ إيجادها يتوقّف على اللفظ بناءً على المشهور أو الإجماع، ولايجوز للرجل والمرأة الاستمتاع بصِرف الرضا بالضرورة، بخلاف الأموال. وهو مشروط أيضاً بشروط أُخرى: من عدم كونها من المحرّمات النسبيّة أو الرضاعيّة وعدم كونها في عدّة الطلاق أو الوفاة، فحينئذٍ إذا لم يكن مشروطاً بصدور الإنشاء من الزوجين أو سبق العقد بالإذن منهما فالبيع أولى بذلك.

وممّا ذكرنا يظهر أنّ النصّ الوارد في الوكالة لا ينافي الأولويّة المدّعاة، فراجع مكاسب الشيخ الأنصاريّ قدس سره[٤]، فإنّ مورده الأولويّة بحسب الاحتياط لا الأولويّة

(١) وسائل الشيعة: ج ٢١ ص ٣٠٥، الباب ٤٧ من أبواب المهور.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٢٦ ص ٢١٩ ح ١ من ب ١١ من أبواب ميراث الأزواج.

(٣) في ص ١٤٨.

(٤) ج ٣ ص ٣٥٧.

↲بلحاظ السبب الواقعيّ، فتأمّل.

الثالث عشر: ماورد في المضاربة، مثل موثّق جميل أو صحيحه عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل دفع إلى رجل مالاً يشتري به ضرباً من المتاع مضاربةً، فذهب فاشترى به غير الّذي أمره، قال: «هو ضامن والربح بينهما على ما شرط»(١).

وغير ذلك من الأخبار الواردة في تخلّف العامل عمّا شرط عليه صاحب المال من المكان والمال(٢).

وتقريب الاستدلال به أنّ الشرط المذكور يتصوّر على وجوه:

منها: أن يكون من قبيل الالتزام في الالتزام، فله أن يفسخ المضاربة في فرض الخسران، فله المطالبة به من جهة تملّك فسخ المضاربة.

ومنها: أن يكون مرجعه إلى شرط الضمان في صورة التخلّف عن محلّ خاصّ أو المتاع المعيّن كما يستفاد من بعض روايات الباب الحاكي لمضاربة عبّاس(٣).

ومنها: أن يكون مرجع الشرط المذكور إلى تقييد المضاربة بصورة الاسترباح في صورة التخلّف عمّا سمّاه في عقد المضاربة.

ومنها: أن يكون المقصود تقييد المضاربة بخصوص ما عيّنه من المكان أو المال كما لعلّه المنساق من خبر جميل المنقول في الصدر.

فعلى الثلاثة الأُولى لا ربط له بالفضوليّ. وأمّا على الأخير فهو ليس إلّا الشراء الفضوليّ لصاحب المال ولنفسه بمقدار الربح. والحكم بالضمان ليس إلّا استحقاق مطالبة الخسران الّذي ليس في الفرض الأخير إلّا من باب عدم إجازة شرائه أو ردّه. والحكم بأنّ الربح بينهما ليس ظاهراً إلّا في استحقاق أخذ الربح بإجازة البيع الواقع، وحينئذٍ يقال: إنّه على فرض عدم الظهور في الأخير ليس ظاهراً في باقي الصور والكلّ↖

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ١٨ ح ٩ من ب ١ من كتاب المضاربة.

(٢) راجع وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ١٥، الباب ١ من كتاب المضاربة.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ١٧ ح ٧ من ب ١ من كتاب المضاربة.

محتمل، وحيث إنّه لم يستفصل فالحكم كذلك على جميع الفروض، وحيث لا خصوصيّة عند العرف لخصوص الفضوليّ المخصوص فهو دليل عرفاً على سائر البيوع الفضوليّة أيضاً وإن كان في ذلك إشكال كما لا يخفى.

الرابع عشر: الأخبار الواردة في الاتّجار بمال اليتيم وأنّ الربح له والخسران على التاجر.

ووجه الاستدلال بها شمولها لما كان العامل بالمال غيرَ وليّ ولا مجازاً منه. فالحكم بالصحّة حينئذٍ في صورتي الربح والخسران مع تضمينه الخسران على العامل لابدّ أن يقيّد بإجازة الوليّ. فإطلاقها يشمل صورة الفضوليّ:

ففي حسن حريز أو صحيحه عن محمّد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام في مال اليتيم قال: «العامل به ضامن، ولليتيم الربح إذا لم يكن للعامل مال»، وقال: «إن عطب أدّاه»[1].

وغيره من الأخبار[2].

ولا يخفى أنّ الظاهر منها أنّها بصدد بيان عدم صحّة المضاربة بمال اليتيم بأن يكون الربح بينهما والوضيعة عليهما، وهي ساكتة عن حكم وضع اليد على المال والتسلّط عليه. فالعمل بمال الطفل أي التجارة به من حيث إنّه كذلك لا بأس به إذا كان الربح لليتيم.

وبعبارة أُخرى: التجارة الّتي يكون الربح فيها لليتيم والخسران على العامل لا بأس بها تكليفاً ووضعاً، من حيث إنّ الربح والخسران يكون على النحو المذكور؛ **فكما أنّ الأخبار المذكورة** لا إطلاق لها بالنسبة إلى سائر أفراد التجارة الفاقدة للشرائط أو الواجدة للموانع ولا يمكن التمسّك بها مثلاً لصحّة بيع المعاطاة من حيث إطلاق الاتّجار، لعدم كونها في مقام بيان جميع ما هو الشرط في التجارة مطلقاً أو بالنسبة إلى مال اليتيم، كذلك بالنسبة إلى اشتراط كون من بيده المال مالكاً للتصرّف ووضع اليد عليه.

والحاصل: أنّ المحصّل منها أنّها بصدد أنّ المضاربة المبنيّة على كون الربح بينهما

(١) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٢٥٧ ح ٢ من ب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به.

(٢) راجع وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٢٥٧، الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به.

◄ والخسران عليهما غير صحيحة في مال اليتيم.

والّذي يوضح ذلك ملاحظة باقي أخبار الباب، فإنّ المفروض فيها كون المال بيده، فكون المال بيده وجواز ذلك مفروغ عنه، بل في بعضها يكون المفروض أنّ العامل هو الوصيّ من قبل وليّ اليتيم فهو القيّم عليه في أمواله كخبر أسباط بن سالم(١). وخبر محمّد بن مسلم(٢) ظاهر في كون من بيده المال جائزاً له التصرّف فيه ووضع اليد عليه.

والحاصل: أنّ الناظر فيها لا يرتاب في عدم إطلاقها لصورة تصرّف غير مالك الأمر من الوليّ أو القيّم أو المجاز منهما، فالظاهر أنّه لايمكن أن تكون مؤيّدةً لصحّة الفضوليّ، وهو الأعلم.

الخامس عشر: خبر ابن أشيم عن أبي جعفر عليه السلام عن عبد لقوم مأذون له في التجارة دفع إليه رجل ألف درهم، فقال: اشتر بها نسمة وأعتقها عنّي وحجّ عنّي بالباقي، ثمّ مات صاحب الألف، فانطلق العبد فاشترى أباه فأعتقه عن الميّت ودفع إليه الباقي يحجّ عن الميّت فحجّ عنه، وبلغ ذلك موالي أبيه ومواليه وورثة الميّت جميعاً فاختصموا جميعاً في الألف، فقال موالي العبد المعتق: إنّما اشتريت أباك بمالنا، وقال الورثة: إنّما اشتريت أباك بمالنا، وقال موالي العبد: إنّما اشتريت أباك بمالنا، فقال أبو جعفر عليه السلام: «أمّا الحجّة فقد مضت بما فيها لاتردّ، وأمّا المعتق فهو ردّ في الرقّ لموالي أبيه، وأيّ الفريقين بعد أقاموا البيّنة على أنّه اشترى أباه من أموالهم كان له رقّاً»(٣).

لايخفى أنّه نوقش فيه سنداً بابن أشيم، من جهة ورود الذمّ فيه من حيث كونه من أصحاب أبي الخطّاب فراجع موسى بن أشيم، **ودلالةً** كما في تعليقي الفقيه الطباطبائيّ(٤) والمحقّق الإصفهانيّ(٥) من أنّ الفرض كونه مأذوناً من الفريقين، فهو خارج عن ◄

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٢٥٧ ح ١ من ب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به.

(٢) المتقدّم في ص ١٥٢.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٨٠، الباب ٢٥ من أبواب بيع الحيوان.

(٤) حاشية الطباطبائيّ اليزديّ على المكاسب: ج ٢ ص ١٢١، التعليقة ١٥٥.

(٥) حاشية الإصفهانيّ على المكاسب: ج ٢ ص ٩٤، التعليقة ٧٨.

◄ الفضوليّ على تقدير كون البيع بمالهما.

ويمكن ردّهما:

أمّا الأوّل فلعدم دلالة الذمّ على كونه كاذباً إن كان هو موسى، وإن كان عليّاً كما صرّح بذلك الشهيد الثاني في الروضة[1] فلم يرد فيه ذمّ، وحينئذٍ فحيث إنّ الراوي عنه الحسن بن محبوب عن صالح بن رزين عنه وهو من أصحاب الإجماع فهو بحكم الصحيح.

مضافاً إلى ما في الروضة[2] من عمل الشيخ ومن تبعه به ومال إليه في الدروس.

هذا كلّه، مضافاً إلى نقل عليّ بن الحكم عنه وهو من الثقات الأجلّاء.

وأمّا الثاني فلأنّ ظاهر الخبر أنّه كان وكيلاً عنه في العمل المذكور حال حياته فيرجع الألف بعد موته إلى الورّاث، كما يدلّ على ذلك أيضاً قوله: «وقال الورثة إنّما اشتريت أباك بمالنا» وحكمه عليه السلام برقّيّة العبد على تقدير إقامة الورثة البيّنة على أنّه اشترى بمالهم؛ فالمفروض بحسب الظاهر وقوع المعاملة إمّا باطلة في نفسها، وإمّا فضوليّة، لأنّه إن اشترى بمال الورثة كان فضوليّاً، وإن اشترى بمال مولاه للميّت بداعي العتق كان فضوليّاً أيضاً.

السادس عشر: صحيح الحلبيّ، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى ثوباً ولم يشترط على صاحبه شيئاً فكرهه ثمّ ردّه على صاحبه، فأبى أن يقيله إلّا بوضيعة، قال: «لا يصلح أن يأخذه بوضيعة، فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه ردّ على صاحبه الأوّل ما زاد»[3].

فإنّ الإقالة بوضيعة لا تصحّ كما هو ظاهر الخبر، وهو الّذي ادّعى في الجواهر عدم خلاف يجده إلّا عن ابن جنيد[4]. فالمال باقٍ على ملك المستقيل. وردُّ ما زاد لا يستقيم ◄

(١) ج ١ «الطبعة الحجريّة بخطّ محمّدكاظم» ص ٢٥٧.

(٢) ج ١ «الطبعة الحجريّة بخطّ محمّدكاظم» ص ٢٥٨.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٧١، الباب ١٧ من أبواب أحكام العقود.

(٤) جواهر الكلام: ج ٢٥ ص ٦٧٤.

ﻫ إلّا بكونه البائع له واقعاً، وتحصيل إجازته بردّ الزائد عليه. فأخذه منه بعد الوقوف على البيع إجازة للبيع الواقع فضوليّاً.

ويمكن أن يقال: إنّ مقتضى القاعدة صحّة الإقالة بوضيعة كما عن ابن الجنيد. والصحيح لا يدلّ على البطلان، لأنّ مقتضى البطلان: غرامة بدل المال سواء باعه بالنقيصة أو الزيادة أو بالتساوي مع أنّ الظاهر منه عدم وجوب شيء عليه إلّا في مورد الزيادة. فقوله: «لا يصلح» يمكن أن يحمل على كراهة الأخذ بالوضيعة كما أنّه ربما يناسبها مادّة الفعل. ولا ينافي قوله: «فإن جهل»، لأنّه يناسب الكراهة الشديدة أيضاً.

ويمكن أن يقال أيضاً: إنّه على فرض بطلان الإقالة لا يتعيّن أن يكون ردّ مازاد من باب إجازة بيع الفضوليّ، بل حيث إنّه أتلف مال المستقيل بالبيع من الغير الّذي يكون الغالب فيه عدمَ إمكان الاسترداد أو تعسّرَه فهو ضامن لقيمته، فردُّ مازاد من باب أداء البدل الواقعيّ كما هو الغالب.

بل يمكن أن يقال: إنّ الإتلاف إذا كان بالبيع وأخذ القيمة فالأقرب إلى التالف هو أكثر الأمرين من القيمة السوقيّة وما باعه فعلاً، فتأمّل.

السابع عشر: موثّق عبدالرحمان بن أبي عبدالله، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن السمسار يشتري بالأجر فيدفع إليه الورق ويشترط عليه أنّك تأتي بما تشتري فما شئت أخذته، وما شئت تركته، فيذهب فيشتري ثمّ يأتي بالمتاع فيقول: خذ ما رضيت، ودع ما كرهت، قال: «لا بأس»[١].

تقريب الاستدلال به على المطلوب أن يقال: إنّ في الصدر احتمالين:

أحدهما: أن يكون المقصود من إعطاء الورق هو الإذن في اشتراء المتاع المطلوب، والمقصود من الشرط استثناء صورة واحدة وهي إيقاع الشراء اللازم، فالمحصّل من إعطاء الورق والشرط المذكور هو الإذن في شراء المتاع بأيّ نحو يرى إلّا إيقاعه بنحو يلزم على صاحب الورق، فعلى الاحتمال المذكور يخرج عن الفضوليّ ويصير الشراء ﻫ

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٧٤ ح ٢ من ب ٢٠ من أبواب أحكام العقود.

موردًا للإذن ولو بنحو الإطلاق. وعلى هذا يبنى إشكال الفقيه الطباطبائيّ[1] على الشيخ الأنصاريّ.

ثانيهما: أن يكون المقصود بالشرط تعيين مورد العمل وأنّ العمل الّذي يؤمر به ويجعل في قباله الأجر مطلقاً أو على تقدير الشراء هو الإتيان بما يشترى والأخذ بما يرضى وترك ما يكره، فمورد المقاولة لايكون الإذن الكلّيّ فيكون الشرط من قبيل الاستثناء، بل موردها خصوص مورد الشرط، وحينئذٍ لا يكون في البين إذنٌ في ذلك، وحيث إنّ الصدر محتمل لكلا الشقّين والاحتمال الثاني يمكن أن ينطبق على الشراء الفضوليّ فإطلاق نفي البأس يدلّ على صحّة الفضوليّ، بل هو أقوى على الاحتمال الثاني، لأنّ شراء السمسار لنفسه وكذا الشراء لصاحب الورق مع اختيار الفسخ لهم من قبيل الأكل من القفا، فإنّ الدلّال لا يريد المتاع وصاحب الورق لا يريد حصول التملّك ثمّ الفسخ، إذ لا داعي إلى ذلك بالنسبة إلى متاع لم يشاهد قطّ، فوقوع المعاملة له متزلزلاً هو مقتضى الطبع، فافهم وتأمّل.

الثامن عشر: خبر مِسمع أبي سيّار، قال: قلت لأبي عبدالله: إنّي كنت استودعت رجلاً مالاًفجحدنيه وحلف لي عليه،ثمّ جاء بعدذلك بسنين بالمال الّذي كنت استودعته إيّاه، فقال: هذا مالك فخذه، وهذه أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مع مالك، واجعلني في حلّ، فأخذت المال منه وأبيت أن آخذ الربح وأوقفت المال الّذي كنت استودعته، وأتيت حتّى أستطلع رأيك فماترى؟ قال: فقال: «خذ الربح وأعطه النصف وأحلّه، إنّ هذا رجل تائب والله يحبّ التوّابين»[2].

فإنّ ظاهره أنّ تمام الربح له وأنّه أمره بإعطاء النصف منه من جهة أنّه تائب، وهو لا ينطبق إلّا على صحّة الفضوليّ. هذا.

ولكن فيه إشكال، من حيث إنّ مقتضى القاعدة: عدم كون الربح لصاحب المال، فإنّ

---

(١) راجع حاشية الفقيه الطباطبائيّ على المكاسب: ج ٢ ص ١٢٢، التعليقه ١٥٧.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ٨٩، الباب ١٠ من أبواب كتاب الوديعة.

بناء المعاملات على الاشتراءبالذمّة،فالمستودع قد اشترى مالاً في الذمّة ولكن أعطاه من مال الغير فمقتضى القاعدة وقوع المعاملة له صحيحاً، ولازم ذلك كون الربح له.

نعم، لو كان الخبر صحيحاً لقلنا بأنّ قصد إعطاء الثمن من مال الغير بحكم المعاملة بمال الغير، لكنّ الخبر ضعيف من حيث السند وإن كان الممكن رفع الخلل من تلك الجهة بكون الراوي هو ابن محبوب الّذي هو من أصحاب الإجماع، فلابدّ من التأمّل، وهو الموفّق.

التاسع عشر: خبر أبيحمزة عن أبي جعفرعليه السلام، قال: سألته عن الزكاة تجب عليّ في مواضع لا تمكنني أن أُؤَدّيها، قال: «اعزلها، فإن اتّجرت بها فأنت لها ضامن ولها الربح، وإن تَوِيَتْ في حال ما عزلتها من غير أن تشغلها في تجارة فليس عليك شيء، فإن لم تعزلها فاتّجرت بها في جملة مالك فلها بقسطها من الربح ولا وضيعة عليها»[١]. هذا.

ولكنّ الظاهر من الخبر جواز التصرّف فيها بالاتّجار مع كون الربح لها والخسران عليه، فعليه فيخرج عن عنوان الفضوليّ.

العشرون: الإجماع على جواز بيع المفلّس مع إجازة الغرماء وكذا الرهن مع إجازة المرتهن على ما صرّح به في الجواهر[٢].

وفيه ما لايخفى: من الفرق الواضح بين المقامين ومن أنّ ذلك ليس إلّا من باب كون صحّته مع إجازة من ذكر مقتضى القاعدة، فلايزيد على القاعدة المستفادة من العمومات وغيرها شيئاً.

الحادي والعشرون: ماورد من جواز الوصيّة بمازاد عن الثلث ومضيّها إذا أجاز الوارث[٣] كما أُشير إليه في الجواهر[٤].

وفيه ما لايخفى.

(١) وسائل الشيعة: ج ٩ ص ٣٠٧ ح ٣ من ب ٥٢ من أبواب المستحقّين للزكاة.

(٢) ج ٢٣ ص ٤٥٢.

(٣) راجع وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ٢٧٥، الباب ١١ من أبواب كتاب الوصايا.

(٤) ج ٢٣ ص ٤٥١.

◄ الثاني والعشرون: ماورد في التصدّق باللقطة وأنّه إذا جاء صاحبها خيّر بين الأجر والغرم[١].

ففي خبر كثير سأل رجل أميرالمؤمنين عن اللقطة، فقال: «يعرّفها، فإن جاء صاحبها دفعها إليه، وإلّا حبسها حولاً، فإن لم يجئ صاحبها أو من يطلبها تصدّق بها، فإن جاء صاحبها بعد ما تصدّق بها إن شاء اغترمها الّذي كانت عنده، وكان الأجر له، وإن كره ذلك احتسبها، والأجر له»[٢].

وهذا أيضاً ممّا أُشير إليه في الجواهر[٣].

وردّه السيّدالطباطبائيّ في تعليقهبأنّه خارج عن الفضوليّ،لوجود الإذن الشرعيّ[٤].

وفيه: أنّه لم يؤذن شرعاً في التصدّق من طرف مالكه من حيث النفوذ وترتّب الأثر وإلّا لما كان له التخيير، بل أُذن له من جهة رفع الحرمة التكليفيّة. فالظاهر منه الإجازة من طرف الشارع في إيقاع التصدّق من جانبه إن أجاز ومن قبل نفسه إن ردّ.

ولا يخفى أنّ الظاهر منه هو الكشف ووقوع التصدّق من ابتداء الأمر.

وفي المقام مؤيّدات أُخرى لم نذكرها خوفاً عن التطويل، وفي ما ذكرناه كفاية إن شاء الله تعالى.

في ما يحتجّ به على البطلان والجواب عنه

وربما يحتجّ على بطلانه ـ كما في الحدائق[٥] ـ بروايات:

منها: ما عن الشيخ في الخلاف، قال: روى حكيم عن النبيّ صلى الله عليه وآله أنّه «نهى عن ◄

---

(١) راجع وسائل الشيعة: ج ٢٥ ص ٤٤١، الباب ٢ من أبواب كتاب اللقطة.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٢٥ ص ٤٤١ ح ٢ من ب ٢ من أبواب كتاب اللقطة.

(٣) ج ٢٣ ص ٤٥١.

(٤) حاشية المكاسب للسيّد الفقيه اليزديّ قدس سره: ج ٢ ص ١٢٣، التعليقة ١٥٩.

(٥) راجع الحدائق: ج ١٨ ص ٣٧٩ وص ٣٨٦ ـ ٣٨٨.

بيع ما ليس عنده»(١).

ومنها: ما عنه أيضاً: وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه عن النبيّ صلى الله عليه وآله أنّه قال: «لا طلاق إلّا في ما يملك، ولا عتق إلّا في ما يملك، ولا بيع إلّا في ما يملك»(٢).

ومنها: مارواه محمّد بن القاسم بن الفضيل، قال: سألت أبا الحسن الأوّل عليه السلام عن رجل اشترى من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم، وكتب عليها كتاباً بأنّها قد قبضت المال ولم تقبضه، فيعطيها المال أم يمنعها؟ قال: «قل له: ليمنعها أشدّ المنع، فإنّها باعته ما لم تملكه»(٣).

ومنها: صحيح محمّدبن‌مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال: سأله رجل من أهل النيل عن أرض اشتراها بفم النيل، وأهل الأرض يقولون: هي أرضهم، وأهل الأُستان يقولون: هي من أرضنا، فقال: «لا تشترها إلّا برضا أهلها»(٤).

وفي خبر الحميريّ عنه ـ عجّل الله تعالى فرجه ـ: «الضيعة لايجوز ابتياعها إلّا من مالكها أو بأمره أو رضاً منه»(٥).

ومنها: ماعن‌الصفّار أنّه‌كتب إلى‌العسكريّ عليه السلام في‌رجل كانت له‌قطاع أرضين فحضره الخروج إلى مكّة والقرية على مراحل من منزله، ولم يكن له من المقام ما يأتي بحدود أرضه، وعرّف حدود القرية الأربعة، فقال للشهود: أشهدوا أنّي قد بعت من فلان ـ يعني المشتري ـ جميع القرية الّتي حدّ منها كذا والثاني والثالث والرابع منها وإنّما له في هذه القرية قطاع أرضين، فهل يصلح‌للمشتري ذلك وإنّما له‌بعض هذه القرية‌وقد أقرّ له بكلّها؟ فوقّع عليه السلام: «لايجوز بيع ما ليس يملك، وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك»(٦).

(١ و ٢) الخلاف: ج ٣ ص ١٦٩.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٣٣ ح ٢ من ب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٣٤ ح ٣ من ب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٣٧ ح ٨ من ب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٦) التهذيب: ج ٧ ص ١٥٠ ح ١٦ من ب ١١ من أبواب كتاب التجارات «باب أحكام الأرضين»، وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٣٩، الباب ٢ من أبواب عقد البيع وشروطه.

↲ ومنها: خبر سليمان بن صالح عن أبي‌عبدالله عليه السلام، قال: «نهى رسول‌الله صلى الله عليه وآله عن سلف وبيع، وعن بيعين في بيع، وعن بيع ما ليس عندك، ...»[١].

ومنها: ما في حديث المناهي، قال: «ونهى عن بيع ما ليس عندك»[٢].

ومنها: صحيح منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل أمر رجلاً يشتري له متاعاً فيشتريه منه، قال: «لا بأس بذلك إنّما البيع بعد ما يشتريه»[٣].

فإنّ مقتضى إطلاق الذيل: بطلان البيع قبل الاشتراء ولو كان فضوليّاً من قبل المالك.

ومنها: خبر ابن الحجّاج، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل يجيء فيقول: اشتر هذا الثوب وأربحك كذا وكذا، قال: «أليس إن شاء ترك وإن شاء أخذ؟» قلت: بلى، قال: «لابأس به إنّما يحلّ الكلام ويحرّم الكلام»[٤].

إلى غير ذلك من الأخبار الّتي تقرب ممّا نقلناه من حيث المضمون.

والجواب: أنّ ما يكون مفاده النهي عن بيع ما ليس عنده فالظاهر منه اشتراط القدرة على التسليم، فإنّه لا يصدق على من يكون مالكاً لشيء ولكن لا يقدر عليه أنّ المال عنده، وكذا لو فرض عدم كونه مالكاً للمال ولكن يكون المال تحت اختياره وقدرته يصدق العنوان المذكور.

وما يكون مفاده نفي البيع إلّا في ملك فغير ظاهر في أنّ الاستثناء يكون راجعاً إلى الموضوع أي البيع محكوم بالعدم إلّا البيع الواقع في الملك، بل من المحتمل أن يكون المقصود أنّ البيع محكوم بالعدم مطلقاً إلّا في زمان كون الشيء ملكاً لمن يكون البيع مستنداً إليه.

مضافاً إلى أنّ الشيء لايكون مملوكاً للبائع فلا بيع بالنسبة إليه، لأنّه لم يقع في ↰

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٤٧ ح ٢ من ب ٧ من أبواب أحكام العقود.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٤٨ ح ٥ من ب ٧ من أبواب أحكام العقود.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٥٠ ح ٦ من ب ٨ من أبواب أحكام العقود.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٥٠ ح ٤ من ب ٨ من أبواب أحكام العقود.

ملكه، وأمّا بالنسبة إلى المالك حين البيع فيكون البيع واقعاً في ملكه فالشرط حاصل بالنسبة إليه ويحتاج تنجّزها إلى الإجازة.

والجواب الثـالث: أن يقال: إنّ أثر البيع لولا النفي المذكور هـو التأثير الفعليّ في الملكيّة فهو منفيّ؛ ولا ينافي ذلك ترتّب أثر آخر وهو التوقّف على الإجازة وإن كان في ذلك نظر.

وأمّا مـاورد من النهي عن بيع شيء ثمّ الاشتراء من مالكه فموضوعه بيع الشيء لنفسه لا عن مالكه، وإلّا لم يكن محتاجاً إلى الاشتراء منه بل لابدّ من الاستجازة منه، ولعلّ السرّ فيه هو الغرر كما لايخفى.

وأمّا خـبر محمّد بن القاسم فموضوعه بيع الغاصب عن نفسه بدون إجازة المالك، فإنّ التعليل بقوله عليه السلام: «فإنّها باعته ما لم تملكه» حيث إنّه موكول إلى الارتكاز وليس بصدد التعبّد أنّ المنشأ عدم مالكيّتها حين قبض المال، وليس مفاده الإطلاق قطعاً بمعنى أن يحكم ببطلان البيع ولو على فرض حصول المالكيّة المشروعة لها.

مع أنّ إطلاق التعليل لا يقتضي إلّا عـدم صحّة بيع الغاصب لنفسه ولو مع تملّكه وإجازته بعد ذلـك ولا يدلّ على بطلانه بالنسبة إلـى المالك الأصليّ، لعدم الصدق بالنسبة إليه.

وأمّا صحيح ابن مسلم فهو بصدد حجّيّة اليد ووجوب أن يكون الابتياع برضا أهل الأرض لا أهل الأُستان، وليس بصدد التقييد بخصوصيّة كون الابتياع ناشئاً عن رضاهم، فإنّه ليس المفروض تأخّر الرضا حتّى ينفى، بل كلّ من المتداعيين حاضران بأنفسهما فتحقّق البيع عن رضا مالكها مفروض إلّا أنّ الكلام في تشخيص المالك. هذا.

مضافاً إلى عدم ظهور الباء في السببيّة، بل يمكن أن يكون لمطلق التعلّق والإضافة ولو كان بنحو اللحوق.

وأمّا مكاتبة الصـفّار فـفيها أوّلاً: أنّ غاية مدلولها عدم صحّة بيع غير المالك لها ولاتعرّض لها بالنسبة إلى المالك كما هو واضح.

المسألة السادسة: لافرق في صحّة البيع الصادر من غير المالك مع إجازة المالك بين ما إذا قصد وقوعه للمالك*

↲ وثانياً: يمكن أن يقال: إنّ محطّ السؤال هو بيع ما كان يملك من حيث إنّه ضمّ إلى ما لا يملك، فإنّ عدم جواز بيع ما لا يملك من الواضحات لدى غير الصفّار فكيف بالصفّار. فالمقصود ـ وهو الأعلم ـ أنّه يصحّ بيع ما يملك وإن كان لا يصحّ البيع في‌ما لايملك، فراجع وتأمّل.

لافرق في صحّة الفضوليّ بين أقسامه: من البيع للمالك والبيع لنفسه، ولا بين سبق المانع وعدم سبقه

(*) فيه وجوه من الإشكال:

الأوّل: أنّه إذا قصد وقوعه للمالك مع فرض العلم بعدم الوكالة عنه وعدم تأثير العقد فعلاً في الملكيّة فلابدّ أن يكون المنشأ هو الملكيّة على فرض إجازة المالك فحينئذٍ يرجع إلى التعليق المجمع على بطلانه.

وفيه: أنّ التعليق اللبّيّ المشار إليه متحقّق في‌الإيجاب أيضاًبالنسبة إلى قبول القابل، فإنّ إنشاء الملكيّةالفعليّةالحقيقيّة ولو في نظر العرف مستحيل التحقّق، للعلم بعدم إمكان تحقّقه في الخارج فكيف يتحقّق القصد إليه. وإيجاد الجهةالمربوطة إليه غيرمقصود قطعاً وإلّا لزم الحكم بكون المبيع من المباحات لرفع اليد عنه فعلاً.

مضافاً إلى وضوح عدم القصد إلى الاستبدادبعمل من دون التوقّف على عمل الآخر، ففي الإيجاب يكون التعليق اللبّيّ القهريّ موجوداً دائماً فليكن كذلك بالنسبة إلى الإجازة أيضاً.

والحاصل: أنّ الإجماع لا يشمل لمثل المقام قطعاً.

الثاني: لزوم الدور على تقدير كون المنشأ معلّقاً في اللبّ، فإنّ التمليك لايكون ↰

وما إذا قصد وقوعه لنفسه*، كما في بيع الغاصب ومن اعتقد أنّه مالك وليس بمالك؛

↵مقصوداً إلّا على فرض الإجازة، فكونه مقصوداً بالفعل يتوقّف على الإجازة وهي تتوقّف على كون التمليك مقصوداً بالفعل.

وفيه: أنّ متعلّق الاجازة هو التمليك على تقدير تحقّق الإجازة لا التمليك المقصود فعلاً فيرتفع الدور.

الثالث: الغرر بناءً على ما سيجيء إن شاء الله تعالى من اللزوم من جانب الأصيل، فإنّ الأصيل لا يتمكّن شرعاً من نقل ما جعله عوضاً في البيع مع عدم انتقال العوض الآخر إليه وعدم معلوميّة ذلك، بل يمكن أن يطول به الأمر من حيث وصول الخبر إلى المالك أو ترديده بعد ذلك في الإجازة والردّ أو إظهاره ذلك بقصد الإيذاء أو غير ذلك من المقاصد، وهو غرر عظيم جدّاً.

وفيه: أنّه قد يحصل الاطمينان من أوّلِ الأمر فلا غرر مطلقاً، وعلى فرض عدمه فيمكن له جعل الخيار لنفسه إلى مدّة ويرتفع الغرر.

في ما إذا قصد وقوعه لنفسه

(*) **في خصوص هذا القسم أيضاً إشكال من وجوه:**

الأوّل: أنّ صحّته إن كانت بإجازة المالك البيع لنفسه فهي مشكلة، من جهة أنّ العقد الواقع هو البيع للغاصب والمجازَ هو البيع لنفسه، وهما متغايران، فما تحقّق من العقد لم تتعلّق به الإجازة حتّى يصحّ وما تعلّقت به الإجازة لم يقع في الخارج.

وإن كانت بملاك إجازة المالك البيع للغاصب فهي أيضاً مشكلة، لأنّ الواقع والمجاز وإن لم يكونا متغايرين إلّا أنّ وقوع العقد على نحو ما أُجيز منافٍ لحقيقة المعاوضة والمبادلة، فإنّ مقتضاها كما ذكروا: دخول الثمن في ملك من خرج عن ملكه المثمن ↵

ومقتضى صحّته على النحو المذكور: خروج المثمن عن ملك المالك ودخول الثمن في ملك الغاصب، وهو غير صحيح بيعاً الّذي أُخذ في مفهومه المبادلة عرفاً وقد أُمضي على النحو المذكور شرعاً.

ويمكن أن يـجاب باختيار الشقّ الأوّل والالتزام بصحّته بملاك إجازة المالك البيع المذكور لنفسه.

وذلك لأُمور بعضها قويّ:

منها: أن يقال: إنّ الفضوليّ يبيع للمالك ويشتري له ولكن يدّعي نفسه مالكاً وينزّل نفسه منزلة المالك ادّعاءً فيسند البيع إلى نفسه، وكذلك الأصيل يشتري من المالك ويبيع منه أيضاً ولكن يتخيّل أنّ صاحبه هو المالك أو يدّعي ذلك أيضاً ظلماً كما في الغاصب نفسه.

ومنها: أن يقال:إنّه في بيع الغاصب ليس مورد الإنشاء إلّا تمليك مال الغير بالعوض، ولازم العوضيّة المطلقة دخول الثمن في ملك المغصوب منه لكن لازمه بحسب ادّعائه دخول الثمن في ملكه، وهو خارج عن دائرة الإنشاء الّذي هو المجاز؛ بل يمكن أن يقال: إنّ المقصود في مقام الإنشاء ليس إلّا التمليك بالعوض على وجه الإهمال لكن بحسب القصد الخارج عن حدود الإنشاء لا يقصد إلّا دخول العوض في ملكه، فالعقد الّذي يكون مورد الإجازة هو التمليك بالعوض المطلق المنطبق على الدخول في ملك المالك أو التملّك بالعوض على وجه الإهمال فلا تغاير بين المنشأ والمجاز.

ومنها: أن يقال: مرجع بيع الغاصب لنفسه أو الشراء بالمغصوب لنفسه إلى حصول المبادلة المطلقة بين المال، ولازمها دخول العوض في ملك المالك الأصليّ ولكن مع لحاظ لون المغصوبيّة، بمعنى أنّه لا يقصد إلّا إلى جعل العوض مقام المعوّض فكما أنّ المعوّض كان ملكاً للغير وكان عنده غصباً يكون العوض كذلك.

وملخّص هـذا الوجه هـو وقوع البيع حقيقة بين المالكين بلاضمّ ادّعاءٍ مـن الغاصب لمالكيّة المعوّض، بل لا يقصد إلّا التصرّف الغصبيّ فـي العوض كما كـان

↲ يتصرّف في المعوّض.

ومنها: أن يقال: إنّ الإجازة الصادرة من المالك ليست إجازةً خالصةً وإمضاءً صِرفاً للبيع الواقع، بل هي مشتملة على الإصلاح وإمضائه بعد الإصلاح، وهذا ممّا يساعده العرف في المعاهدات الواقعة بين الأفراد أو الجماعات، فإنّ من بيده الأمر قد يجيز المعاهدة بدون إصلاح بعض شروطه وبعض موادّه وقد يجيز بعد إصلاح ذلك، وما هو الصادر من وليّ الأمر في الموردين هو الإجازة والإمضاء عرفاً وليس معاهدةً جديدةً إلّا أنّها على قسمين: إصلاحيّة وغير إصلاحيّة، والإجازة في المقام من قبيل الأوّل، وإذا فرضنا الإصلاح ممّن بيده الأمر وإلقاء قيد كون البيع للغاصب وجعله لنفسه وأجاز البيع كذلك فلا يحتاج إلى إيجاب جديد، ونتيجته الكشف أيضاً بناءً على اختيار الكشف في مفاد الإجازة كما يأتي البحث فيه إن شاء الله تعالى.

نعم، يبقى إشكال في المقام، وهو أنّه إنّما يكون له حقّ الإصلاح والإجازة بالنسبة إلى ما أنشأه الغاصب ولا يكون له حقّ الإصلاح والإجازة بالنسبة إلى الأصيل، وهو إنّما قصد تمليك الغاصب والتملّك منه لا من المالك.

وحلّه: أنّ المقصود في المعاملات هو إحراز الثمن إن كان العاقدبائعاً وإحراز المثمن إن كان مشترياً، ولا يقصد من يتملّك عنه ويملك عوضه بخصوصيّة شخصه بل من باب أنّه بيده الأمر، ألا ترى أنّه لو باع من شخص بتخيّل أنّه أصيل فبان كونه وكيلاً لايكون البيع باطلاً، لأنّه لا يقصد الطرف في العرف بخصوصه بل من باب كون الأمر بيده، وحينئذٍ لايحتاج إنشاء الأصيل إلى الإصلاح نوعاً.

نعم، لو فرض قصد الطرف بخصوصه أو فرض قصده من باب أنّه بيده الأمر ولو غصباً وكان حين الإجازة كذلك بأن لايكون الأمر خارجاً بيد المالك فلابدّ في صحّة البيع من تعلّق إجازة إصلاحيّة من الأصيل أيضاً، وأمّا البيع الجديد فلا ملزم له، وهو العالم.

هذا كلّه على تقدير اختيار الشقّ الأوّل. ↖

◄ ويمكن أن يختار الشقّ الثاني ويلتزم بصحّته أيضاً لو أجازه المالك للغاصب. وما ذكر من أنّ مقتضى حقيقة المعاوضة: دخول الثمن في ملك من خرج عن ملكه المثمن ممنوع، بل هو مقتضى إطلاق المعاوضة وانتقال اللون الاعتباريّ الثابت للثمن بجميع خصوصيّاته إلى المثمن وبالعكس. والعرف أقوى شاهد على ذلك، فإنّ الآبآء يشترون الملبوسات للأبناء والموالي للخدّام وبعض أهل الخير للمساكين بدون أن يملّكهم الثمن أوّلاً أو يشترون لأنفسهم أوّلاً وينقلون إليهم بعد الشراء بهبة أو مصالحة أو غيرهما، ولاداعي للعقلاء لهذه التمحّلات الخالية عن المصالح، فإنّ التكلّف بلا جهة موجبة أو مرجّحة لا يمكن أن يكون مورداً لعمل العقلاء بما هم عقلاء، فالظاهر أنّه لاينبغي الريب في صحّة البيع من مال الغير للنفس وبالعكس، وكذا الشراء.

فخلاصة الجواب: صحّة بيع الغاصب لنفسه وكذا الشراء بمال المغصوب منه لنفسه إذا أجاز المالك لنفسه أو للغاصب وعدم ورود ما ذكر من الإشكال.

الثاني: بطلان البيع من رأس وعدم قابليّته للحوق الإجازة، من جهة عدم القصد إلى حقيقة المعاوضة.

وفيه: ما عرفت من أنّ قوام البيع بقصد أصل المعاوضة لا المعاوضة المطلقة، فيجوز بيع الغير لنفسه إذا أجاز المالك.

الثالث: بطلانه من رأس، من جهة كون البيع بلا ثمن بالنسبة إلى الغاصب العالم بالفرض بالغصبيّة وبالنسبة إلى الأصيل الّذي هو طرف المعاملة إذا كان عالماً بعدم كونه مالكاً، فإنّ جعل العوض الّذي يعلم بعدم حصول الملكيّة له عرفاً وشرعاً بحكم عدم الجعل.

وفيه: أنّ تقوّم البيع بحسب المفهوم بجعل العوض له ولو لم يكن إلّا ترتيب آثار الملكيّة وكون المال تحت الاختيار يتصرّف فيه بأنحاء التصرّفات بلا فرق بينه وبين المالك، فثمن البيع إنّما هو كون المغصوب بيد الأصيل يتصرّف كيفما يشاء، وهو كافٍ في تحصّل مفهوم البيع عرفاً. ◄

الرابع: عدم تحقّق القصد إلى الملكيّة الحقيقيّة العرفيّة والشرعيّة، لاستحالة تعلّق القصد بالمستحيل إذا كان الغاصب متوجّهاً حين البيع إلى ماله من الأحكام العرفيّة والشرعيّة، فالمنشأ هو ترتيب آثار الملكيّة عملاً بالنسبة إلى المغصوب وما يدّعى تحقّقه بالإجازة هو الصحّة الشرعيّة للمالك أو الغاصب، فما أُنشئ ـ وهو صِرف ترتيب آثار الملكيّة ـ لا يتحقّق بالإجازة، وما يتحقّق ـ وهو الملكيّة ـ لم يكن مورداً للإنشاء، لاستحالته.

وفيه: أنّ إجازة ذلك ـ وهو ترتيب آثار الملكيّة ـ موجبة لاستناد العقد إلى المجيز فيجب عليه الوفاء بترتيب آثار الملكيّة عليه خارجاً، وهو عين الملكيّة أو ملازمٌ مساوٍ لها كما يظهر ذلك ممّا حقّق في بيع المكره فراجع وتأمّل.

الخامس: أنّ المشتري إذا كان عالماً بغصبيّة المال ومع ذلك يملّكه الثمن فمفاده التمليك الصحيح بالنسبة إلى الثمن في مقابل إحراز المثمن غصباً، وحيث إنّ ما بإزائه حاصل فلابدّ أن يكون التمليك الصحيح حاصلاً، لأنّ «الناس مسلّطون على أموالهم»[1] بل لوجوب الوفاء بالعقد بالنسبة إلى الأصيل وإن كان حراماً على الغاصب، ولا منافاة بين عدم وجوبه على أحدهما بل حرمته عليه ووجوبه على الآخر على تقدير وفائه، ومقتضى ذلك: تملّك الغاصب للثمن بنفس المعاملة الواقعة بينه وبين الأصيل، فلا محلّ لإجازة المغصوب منه لتملّك الثمن أو لانتقاله إلى الغاصب، لمضيّ الأمرَ وانتقال الثمن إلى الغاصب.

ويمكن أن يجاب عن ذلك بأنّ القاعدة المستفادة من الحكم بكون الثمن سحتاً في مورد حرمة المبيع (مثل ماورد في ثمن الميتة والكلب ومهر البغيّ وأجر الكاهن وثمن الخمر[2] وثمن العذرة[3] وثمن المغنّية[4] وأُجرة البيت يباع فيها الخمر[5]) ومن

(١) عوالي اللئالئ: ج ١ ص ٢٢٢ ح ٩٩.
(٢) راجع وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٩٢، الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به.
(٣) راجع وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ١٧٥، الباب ٤٠ من أبواب ما يكتسب به.
(٤) راجع وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ١٢٢، الباب ١٦ من أبواب ما يكتسب به.
(٥) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ١٧٤ ح ١ من ب ٣٩ من أبواب ما يكتسب به.

كما أنّه لا فرق على الأوّل بين ما إذا سبقه منع المالك عن البيع* ومـا لم يسبقه المنع، على إشكال في الأوّل.

↲النبويّ المنقول عن ابن عبّاس في الخلاف[١] والسرائر[٢] والمهذّب[٣] والتذكرة[٤] كما في الجواهر[٥] عن العوالي: «إنّ الله إذا حرّم شيئاً حرّم ثمنه»[٦] ومن خبر جابر ـ الّذي أورده في الخلاف[٧] والمنتهى[٨] كما قيل ـ وفيه: «قاتل الله اليهود، إنّ الله تعالى لمّا حرّم عليهم شحومها جملوها ثمّ باعوها فأكلوا ثمنها» ومن قوله صلى الله عليه وآله في صحيح محمّد بن مسلم بالنسبة إلى الخمر: «إنّ الّذي حرّم شربها حرّم ثمنها»[٩] يستفاد منها حرمة عوض الحرام ولو قصد تمليكه كما لا يخفى؛ فعلى ذلك يكون العوض باقياً على ملك المشتري، وهو قابل للانتقال إلى الغاصب أو المالك بإجازته.

في العقد المسبوق بمنع المالك

(*) قال قدس سره في المكاسب: حكي عن فخرالدين أنّ بعض المجوّزين للفضوليّ اعتبر عدم سبق نهي المالك. ويلوح إليه ما عن التذكرة في باب النكاح. ويظهر أيضاً من المحقّق الثاني[١٠] انتهى ملخّصاً.

قـال قدس سره أيـضاً فـي مقام الاستدلال لهذا القول: إنّ العقد إذا وقـع منهيّاً عنه فالمنع الموجود بعد العقد ولو آناً مّا كافٍ في الردّ بناءً على كفاية عدم الرضا الباطنيّ بالعقد في حصول الردّ[١١]. ↖

---

(١) ج ٣ ص ١٨٤ و١٨٥. (٢) ج ٢ ص ٤٤. (٣) ج ٤ ص ٢٣٤ ـ ٢٣٥.
(٤) ج ١٩ ص ٢٠٠. (٥) ج ٢٣ ص ٢١. (٦) عوالي اللآلئ: ج ٣ ص ٤٧٢ ح ٤٨.
(٧) ج ٣ ص ١٨٦. (٨) ج ١٥ ص ٣٦٤ ـ ٣٦٥.
(٩) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٢٢٣ ح ١ من ب ٥٥ من أبواب ما يكتسب به.
(١٠) المكاسب: ج ٣ ص ٣٧٣. (١١) المكاسب: ج ٣ ص ٣٧٣ ـ ٣٧٤.

◄ أقول: فيه أوّلاً: أنّ الردّ بحكم الفسخ، والّذي لا ينفع بعده الإجازة حلّ العقد ـ كما في الفسخ والإقالة ـ وجعل العقد السابق بحكم العدم، فكما أنّه لا ينفع إجازة البيع الصحيح المتزلزل من حيث البقاء بعد الفسخ ولا تنفع في تصحيح البيع اللازم الّذي أبطله الإقالة كذا في المقام، فإنّه ليس حقيقته إلّا فسخ البيع وجعله بحكم العدم. والدليل على ذلك قاعدة السلطنة المستفادة من طريقة العقلاء والخبر المشهور المسطور سابقاً[1]، ومن المعلوم أنّ المنع السابق لايكون مفاده جعل العقد اللاحق بحكم العدم، بل ربما يلائم الإذن على تقدير الوجود، بأن يقال: لاتبع مالي وإن بعته فهو نافذ.

وثانياً: على فرض كفاية إظهار الكراهة في الردّ فهو إذا كان لاحقاً للعقد كي يستفاد منه عرفاً ردّ العقد الموجود؛ وأمّا إظهار الكراهة سابقاً على العقد بالمنع عنه فلا يستفاد منه عرفاً ردّ العقد الّذي يوجد بعد ذلك، إذ ليس العقد مفروض الوجود في ظرف النهي حتّى يدلّ على كراهة نفوذه على فرض الوجود، وكراهة وجوده لاتستلزم عرفاً كراهة نفوذه على فرض الوجود، فتأمّل. هذا.

مضافاً إلى ما أشار إليه الشيخ المؤسّس من أنّ خبر جواز نكاح العبد[2] صريح في عدم قدح معصية السيّد[3].

ولعلّ المقصود أنّ شموله لمورد النهي السابق لايكون بالإطلاق بل هو صريح فيه.

ولعلّ الوجه فيه أنّ صدق مادّة العصيان على ما كان مسبوقاً بالنهي أوضح من صورة عدم الاستيذان المجامع لاحتمال الرضا من المولى، فلا يمكن إخراجه منه عرفاً، لأنّه شبه المستهجن، فتأمّل.

وممّا ذكرنا يظهر أنّه لو كان البيع مسبوقاً بالردّ بأن يكون مفاد النهي عدم نفوذه على تقدير الوجود فلعلّ الأصحّ البطلان. ►

---

(١) في ص ١٤٥.

(٢) راجع وسائل الشيعة: ج ٢١ ص ١١٤، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٣) المكاسب: ج ٣ ص ٣٧٤.

نعم، يعتبر في تأثير الإجازة عدم مسبوقيّتها بردّ المالك بعد العقد؛ فلو باع فضولاً وبعد ما عرض على المالك ردّه ثمّ أجازه لغت الإجازة*.

↙ وأمّا لو كان مفاد المنع السابق هو كراهة نفوذه أو عدم الرضا بنفوذه على تقدير الوجود ففيه إشكال.

عدم تأثير الإجازة الواقعة بعد الردّ

(*) قد استظهر الإجماع في المكاسب بل نقل التصريح به في كلام بعض المشايخ[1].

والدليل عليه ـ مضافاً إلى بناء العقلاء على تأثيره في جعل البيع كالعدم ـ هو قاعدة تسلّط الناس على أموالهم.

وإعمال السلطنة بالنسبة إلى ردّ العقد على قسمين:

أحدهما: إلقاء العقد عن صلاحيّة الاستناد إليه، فإنّ عدم الاستناد فعلاً حاصل بعدم الإجازة، فليس مفاده عرفاً عدم الاستناد الفعليّ، لأنّه حاصل ولا يعقل إيجاد ما هو حاصل، بل يمكن أن يكون مفاده إلقاءه عن صلاحيّة الاستناد إليه، ومقتضى العموم: جواز ذلك، لأنّه كسائر التصرّفات الاعتباريّة من شؤون السلطنة على المال.

ثانيهما: جعل البيع غير قابل للتأثير ولو مع الإجازة وصحّة الاستناد. ولاريب أنّ الثاني أظهر، إذ كون الاستناد وعدمه أمراً اعتباريّاً محلّ تأمّل، بل لعلّ الاستناد أمر واقعيّ يحصل قهراً باجازة العقد ولو بعد الردّ، وأمّا الثاني [أي عدم الاستناد] هو أمر اعتباريّ مربوط بماله،ومحصّله جعل العقد بحكم العدم في عدم تأثيره ولو مع الإجازة.

لايقال: التمسّك بها في تأثير الردّ معارض لدلالتها على تأثير الإجازة بعد الردّ.

فإنّه يقال: بعد ردّ العقد قد أسقط العقد السابق عن ملكه، وليس العقد الواقع على ↖

---

(١) المكاسب: ج ٣ ص ٤٢٦.

كما أنّه لو ردّ بعد الإجازة لغى الردّ*.

↲ماله مالاً له ومضافاً إليه بتبع عين ماله. فالتمسّك بدليل تسلّط الناس على أموالهم في المورد كالتمسّك به بالنسبة إلى فسخ الإجارة اللازمة، لأنّ العين مملوكة له فهو مسلّط عليها، ومقتضى ذلك: جواز فسخ الإجارة مطلقاً.

والحلّ في المقامين أنّ التسلّط إنّما يكون بالنسبة إلى الجهات المضافة إلى المالك، فالعقد بحكم المنافع يكون مورداً للإضافة إلى المالك مادام لم يسقطها عن نفسه بقاعدة السلطنة، وبعد سقوطها ليس العقد من أمواله حتّى يكون مسلّطاً عليه. فافهم وتأمّل فإنّه حقيق به وبالتصديق.

ويمكن أن يقال: إنّه مع قطع النظر عمّا تقدّم لا شبهة في أنّ الردّ يدلّ على عدم التعهّد بالعقد وعدم البناء على الوفاء به، ولاريب أنّه لايلزم حينئذٍ الوفاء على الأصيل، لأنّ وجوب الوفاء عليه إنّما هو بملاحظة حفظ العهد الّذي أوقع فضولةً للمالك، وحيث إنّه لايرى الوفاء به فلا يجب الوفاء عليه، وبعد سقوطه من جانب الأصيل أيضاً لاوجه لتأثير الإجازة، لأنّ الأمر ليس إليه فقط، بل لابدّ من اجتماع الطرفين وهو عقد جديد، فتأمّل.

والحاصل: أنّه لايظنّ بمن يصرّ على جواز الإجازة بعد الردّ ـ كالسيّد الفقيه الطباطبائيّ صاحب التعليق على المكاسب وغيره ـ لزومه على الأصيل أيضاً بعد ردّ المالك باحتمال صدور الإجازة منه بعد الردّ فلابدّ من اختبار الانحلال من جانبه وبعد الانحلال من جانبه لا وجه لدخل تأثير إجازة المالك في صحّة البيع.

عدم تأثير الردّ بعد الإجازة

(*) **وذلك واضح**، لأنّه كالردّ في العقد الصادر من الأصيلين.

ووجهه عدم كون الأمر إليه بعد انتقال المال إلى الطرف الآخر. وهذا ممّا يوضح ↶

المسألة السابعة: الإجازة من المالك كما تقع باللفظ الدالّ على الرضا بالبيع* بحسب متفاهم العرف ولو بالكناية كقوله: «أمضيت وأجزت وأنفذت ورضيت**»

الفرع السابق،فإنّ بابه واحد لدى الدقّة،فإنّ الإجازةبعد الردّ والردّبعد الإجازةمشتركان في ما ذكر من الوجه من عدم كون الأمر محوّلاً إليه بل لابدّمن اجتماع الطرفين في ذلك، فتأمّل.

الإجازة كما تقع باللفظ تقع بالفعل الدالّ على الرضا

(*) **لايخفى** أنّ البيع الّذي يكون عند العقلاء مورداً للأثر هو الّذي وقع عليه التعهّد من طرف من بيده الأمر من المالك، فإنّ قوام البيع بالتعهّد من الطرفين، وتعهّد من لاولاية له كالعدم فلا وجه لكفاية تعهّده للتأثير في البيع ولو مع حصول الرضا باطناً، فإنّ اشتراط وقوع تعهّدٍ مّا ولومن غيرأهله بضميمةالرضاملازم لكفايةصِرف الرضا، بأن ينشأ الأصيل وكان الآخر راضياً أو صار راضياً بعد ذلك، وهو باطل بالضرورة العرفيّة.

وحاصل الكلام: لزوم صدور التعهّد والقول بترتيب الأثر من وليّ الأمر، مالكاً كان أو وليّاً عليه أو وكيلاً عنه؛ وحينئذٍ فمطلق الدالّ على الرضا غير كافٍ، فلو لم يكن المالك عالماً بوقوع العقد وقال عند أصدقائه قولاً يدلّ على طيب نفسه بوقوع العقد على طريق الفرض والتقدير لم يكن كافياً بل ولو كان عالماً وأخبر بطيب نفسه إلّا أنّه قرنه بعدم التعهّد وعدم الالتزام بترتيب الأثر؛ فما هو الملاك في التأثير هو تقبّل تعهّد الفضوليّ المنشأ لانتزاع تعهّده على العقد السابق المستلزم لكون البيع هو الّذي تعهّده المالك فيجب الوفاء به.

(**) **إذا كان** بداعي ترتيب الأثر عليه.

وأمّا الرضا الباطنيّ:

وشبه ذلك، وكقوله للمشتري: «بارك الله لك فيه» وشبه ذلك من الكنايات* كذلك تقع بالفعل الكاشف عرفاً عن الرضا بالعقد**، كما إذا تصرّف في الثمن. ومن ذلك ما إذا أجاز البيع الواقع عليه، لأنّه مستلزم لإجازة البيع الواقع على المثمن، وكما إذا مكّنت الزوجة من نفسها إذا زوّجت فضولاً.

فإن كان خالياً عن الالتزام بترتيب الأثر فقد عرفت أنّه لا يؤثّر في وقوع العقد.

وإن كان مقروناًبذلك فالظاهر أيضاً عدم التأثير، لأنّ المأخوذ في البيع الّذي هو من العقود إعطاء كلّ واحد عهده إلى الآخر، فلابدّ من الكاشف، وإلّا لم يكن وجه للزوم الإيجاب والقبول لفظاً أو بالمعاطاة بل كان تعهّد كلّ واحد في القلب كافياً في حصول البيع واقعاً، ولعلّه ضروريّ البطلان عند العرف، بل لا يطلقون عليه اسم البيع بالحمل الشائع وإن كان مورداً لحمله عليه من باب تصوّر المفهوم بالحمل الأوّليّ.

(*) لأنّ ما تقدّم من الوجه لا يقتضي إلّا مقرونيّة الإنشاء النفسانيّ بمطلق ما يدلّ عليه، بل ظهر من التعليق السابق وأنّ حقيقة ماله الإنشاء هو إبراز الالتزام بترتيب الأثر أنّ الصيغ المذكورة في المتن كلّها من الكنايات، فإنّ الإجازة والإمضاء والإنفاذ الّتي هي عبارة أُخرى عن تأثير السبب في المسبّب ليس بيد المالك، فإنّ ما بيده هو إيجاد الشرط حتّى يتمّ السبب، والشرط هو الالتزام وإعطاء التعهّد لصاحبه بترتيب الأثر على العقد الواقع فضولاً.

نعم، ما ذكر من الصيغ قبل «رضيت» من الكنايات الصريحة في وجود التعهّد والالتزام بخلاف «رضيت» فإنّه ظاهر في ذلك، كما أنّ الأمر في «بارك الله» أيضاً كذلك.

(**) بل لابدّ أن يكون كاشفاً عرفاً عن تقبّل العقد والبناء على ترتيب الأثر عليه كمامرّ تحقيقه.

المسألة الثامنة: هل الإجازة كاشفة* عن صحّة العقد الصادر من الفضوليّ من حين وقوعه، فتكشف عن أنّ المبيع كان ملكاً للمشتري والثمن ملكاً للبائع من زمان وقوع العقد،

هل الإجازة كاشفة أو ناقلة؟

(*) **قال الشيخ المؤسّس**ﷺ: الأكثر على الأوّل[١] أي كون الإجازة كاشفة.

وعمدة الوجه في ذلك أنّ الإجازة ليست إلّا الرضا بمضمون العقد، وليس مفاد العقد إلّا نقل العوضين من حينه[٢].

وأجاب عنه الشيخ المعظّم لهﷺ بوجوه:

الأوّل: منع كون مضمون العقد هو النقل من حينه، بل هو نفس النقل مجرّداً عن ملاحظة وقوعه في الزمان، والزمان من ضروريّات إنشائه، فالزمان ظرف للنقل الإنشائيّ لا قيد في المنشأ[٣].

الثاني: أنّه على فرض تسليم كون مفاد العقد والإجازة ما ذكر لا دليل على تأثيرها على طبق مفادها، لأنّ وجوب الوفاء بالعقد تكليف يتوجّه إلى العاقدين، ومن المعلوم أنّ المالك لا يصير عاقداً أو بمنزلته إلّا بعد الإجازة، ومن المعلوم أنّ الملك الشرعيّ يتبع الحكم الشرعيّ، فما لم يجب الوفاء فلا ملك. وقس على ذلك عموم ﴿أَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[٤]، فإنّ الملك ملزوم لحلّيّة التصرّف، فقبل الإجازة لا يحلّ التصرّف[٥].

الثالث: أنّه على فرض تسليم كون مفاد العقد والإجازة ما ذكر وتسليم أنّ مقتضى الدليل أيضاً هو ترتيب الأثر على الإجازة على طبق مفادها لا يمكن الأخذ بظاهر الدليل، لأنّ الانقلاب عمّا وقع عليه ومضى محال عقلاً فلابدّ من التأويل[٦].

الرابع: أنّه لو كان مقتضى الإجازة ما ذكر لكان مقتضى القبول أيضاً وقوع الأثر من ⇐

---

(١) المكاسب: ج ٣ ص ٣٩٩.
(٢) المكاسب: ج ٣ ص ٤٠٠.
(٣) المكاسب: ج ٣ ص ٤٠٣.
(٤) سورة البقرة: ٢٧٥.
(٥) المكاسب: ج ٣ ص ٤٠٥ ـ ٤٠٦.
(٦) المكاسب: ج ٣ ص ٤٠٦ ـ ٤٠٧.

حين الإيجاب مع أنّه ليس كذلك.

الخامس: أنّه لو كان مقتضاها ما ذكر لكان مقتضى الفسخ هو الحلّ من حين العقد لا من حينه.

السادس: أنّ الإجازة واقعة في زمانها لا في زمان العقد، ودليل نفوذ الإجازة يدلّ على نفوذها من زمان تحقّقها لا قبلها، فكما أنّ دليل وجوب الوفاء بالعقد يدلّ على وجوب الوفاء به من حين العقد لا قبله كذلك دليل صحّة الإجازة يدلّ على صحّتها من حينها لا من حين العقد الّذي هو قبلها.

أقول: كون الرضا والإجازة شرطاً مقارناً لحصول الملكيّة وجواز التصرّف ظاهر من الدليل الشرعيّ وقاعدة تسلّط الناس على أموالهم المبنيّ عليها الملكيّة في نظر العرف، إذ لا يظنّ بأحد أن يلتزم بجواز تصرّف طرف الفضوليّ في المبيع فضولاً مع العلم بكراهة المالك أو العلم بعدم رضاه إذا علم بحصول الإجازة بعد ذلك؛ فالكشف المستلزم لكون المبيع ملكاً لطرف الفضوليّ والثمن ملكاً للمجيز قبل الإجازة حتّى يصحّ جميع التصرّفات ويجوز لعلّه واضح البطلان، وهذا هو الظاهر من المتن حيث قال: «فتكشف عن أنّ المبيع كان ملكاً للمشتري ...».

لكن هنا معنىً آخر للكشف لا يبعد صحّته مطلقاً أو في بعض الموارد، وعليه يحمل ما ذهب إليه الأكثر، وهو أن يكون الإجازة موجبةً لحصول الملكيّة الحاصلة بالبيع من حين الإجازة ولكن بالنسبة إلى المملوك الواقع في الزمان الماضي، فإنّ من يملك العين بملكيّة مطلقة يملك في كلّ زمانٍ العينَ الواقع فيه والعينَ الواقع بعده والعينَ الموجود قبله، وحينئذٍ يتمكّن المالك أن يجيز العقد الواقع من حين الإجازة بداعي انتقال جميع إضافاته المالكيّة الّتي هي موجودة له بالفعل الّتي منها ملكيّته بالنسبة إلى المبيع الموجود من زمان العقد، وحينئذٍ يملك المشتري بعد الإجازة المبيعَ الموجود من حين العقد.

والفرق بينه وبين ما تقدّم من الكشف الباطل أنّه على ما تقدّم يجوز للمشتري التصرّف في المبيع والنماء قبل الإجازة إذا علم بحصولها بعد ذلك، وأمّا على ما ذكر

فلايجوز له التصرّف فيهما وضعاً وتكليفاً ولو كان عالماً بحصول الإجازة، لكن بعد حصولها يملك النماء وعوض المنافع التالفة، فالنماء وكذا المنافع كان ملكاً للمجيز قبل الإجازة واقعاً ثمّ صار ملكاً للمجاز له واقعاً.

والّذي يوضح ما ذكر ما ذكره السيّد الطباطبائيّ في عروته في كتاب الإجارة في‌ما إذا حصل الفسخ في أثناء مدّة الإجارة، قال: «ويحتمل قريباً أن يرجع تمام المسمّى، ويكون للموجر أُجرة المثل بالنسبة إلى ما مضى، لأنّ المفروض أنّه يفسخ العقد الواقع أوّلاً، ومقتضى الفسخ عود كلّ عوض إلى مالكه»[1].

وقد أمضاه بل حكم بتعيّنه مطلقاً أو في الجملة جمع من المحقّقين من مشايخنا وغيرهم كان الله لنا ولهم، فإنّ المنافع الماضية التالفة بالاستيفاء أو غيره كانت ملكاً للموجر بملكيّة سابقة على عقد الإجارة، ثمّ صارت ملكاً للمستأجر بملكيّة متحقّقة قبل الفسخ وبعد الإجارة، ثمّ بعد ذلك صارت ملكاً للموجر أيضاً بملكيّة حاصلة بعد الفسخ لكن موضوعها المنافع الّتي تحقّقت في الزمان الماضي.

وخلاصة الكلام: أنّ الالتزام بحصول الملكيّة للمشتري بالنسبة إلى المبيع بعد الإجازة بلحاظ زمانه السابق لا إشكال فيه ولايكون باطلاً عقلاً، بل لابدّ من الحكم بحصولها إذا كان مفاد العقد هو النقل من حينه ولو على تقدير إجازة المجيز وكان مفاد الإجازة هو الإجازة المطلقة بدون التقييد بزمان خاصّ، مثل ما لو باع الفضوليّ بتوهّم كونه وكيلاً عن المالك أو وليّاً عليه فأجاز المالك بدون القيد والشرط، فإنّ مفاد العقد والإجازة وإن كان حصول الملكيّة للمشتري من أوّل العقد إلّا أنّه قد عرفت وضوح بطلان ذلك شرعاً وعرفاً لكنّ الأخذ بإطلاق الإجازة بالنسبة إلى جميع أنحاء المالكيّة الموجودة بعد الإجازة خالٍ عن المانع، ولاريب أنّ الملكيّة الفعليّة بالنسبة إلى المال الملحوظ وجوده في الزمان السابق موجبة لتملّك النماءات والمنافع الماضية فعلاً فلابدّ من أخذ بدلها.

---

(١) العروة الوثقى: كتاب الإجارة، المسألة الخامسة من الفصل الثالث.

أو ناقلة بمعنى كونها شرطاً لتأثير العقد من حين وقوعها؟* الظاهر هو الثاني.

(*) يظهر ممّا ذكرناه في التعليق السابق أنّ هذا على قسمين:

أحدهما: أن يكون الأثر الحاصل بعد الإجازة هو الملكيّة بالنسبة إلى المملوك الواقع بعد الإجازة.

ثانيهما: أن تكون الإجازة مؤثّرة في الملكيّة الحاصلة بعدها لكن بالنسبة إلى المملوك الواقع بعد العقد أيضاً.

وقد عرفت أنّ الأرجح هو الثاني، خصوصاً في ما يعلم أنّ مفاد الإنشاء العقديّ هو الملكيّة حال العقد، كما إذا كان العاقد متوهّماً لكونه وكيلاً عن المالك.

وأمّا إذا لم يكن كذلك فحيث يمكن أن يكون المقصود هو حصول مفاد العقد على فرض تعلّق الإجازة كمامرّ[1] فيمكن أن يقال: إنّه لا اقتضاء للعقد في نفسه بالنسبة إلى ما قبل الإجازة.

لكن دقيق النظر يعطي أيضاً إلحاقه بالأوّل، فإنّ مقتضى إجازة العقد من حينها ذلك، فإنّ ترتيب الأثر على نفوذ العقد السابق من حين وقوع الإجازة يحقّق جميع الإضافات للمشتري بالنسبة إلى المبيع وللبائع بالنسبة إلى الثمن الّتي منها الإضافة التمليكيّة إلى المال السابق على الإجازة؛ لكن مساعدة العرف غير واضحة فلابدّ في الصورة المذكورة من الاحتياط.

إن قلت: ما الفرق بين القبول والإجازة حيث لا يصار في الأوّل إلى ما رجّحت المصير إليه في الثانية؟

قلت: الظاهر في الإيجاب والقبول عند العرف أنّ بناء كلّ منهما على إيجاد أثر المعاملة بفعلهما وأنّ فعلهما مؤثّر في تحقّق المفاد، لا أنّ ما ينشأ منه الأثر ويترشّح منه هو الإيجاب ويكون القبول إمضاءً لفعله، وهذا بخلاف الإجازة من المالك أو من ←

---

(١) في ص ١٦٣.

◄المرتهن أو مِن الأب بالنسبة إلى نكاح الباكرة أو غير ذلك، فإنّه لا ترجيح لدى العرف للموجب حتّى يكون إيجاب المفاد بيده ولكن كان فعله محتاجاً إلى إمضاء المشتري، ألا ترى أنّه لو تخيّل المشتري أنّ البيع إيقاع يحصل بفعل البائع ولكن لابدّ للمشتري أن يجيز ذلك فأجازه لا من جهة كونه أحد طرفي العقد فالحكم بالصحّة مشكل ولو مع التوالي المعتبر بين الإيجاب والقبول.

نعم، يبقى الإشكال في الفرق بينها وبين الفسخ حيث إنّ الثاني موجب لحلّ العقد من حين الفسخ بمعنى أنّه لا يملك الفاسخ بعد الفسخ المالَ الموجودَ قبل الفسخ، فإنّ المشهور في الألسن أنّ النماء للمفسوخ عليه لا للفاسخ، بل ربما يتراءى التناقض في كلامهم من جهة ما ذكر من أنّ النماء للمفسوخ عليه وما هو مسلّم عندهم على الظاهر من ضمان العين للفاسخ، إذ بناءً على كون الفسخ من حينه لم يقع التلف إلّا في ملك المفسوخ عليه، ولا دليل على ضمان الشخص بالنسبة إلى تلف ماله الّذي كان ملكاً طلقاً له عند التلف.

ويمكن أن يجاب عن النقض المذكور بعدم توجّه الفسخ إلى مفاد العقد بحسب الإنشاء فإنّه منحلّ بنفس ذاته، بل المعاهدة الباقية على عهدة المتعاقدين من حقّ كلّ واحد من الطرفين على الآخر حفظ العقد الواقع بينهما مورد للفسخ أو الانفساخ أو التقايل، وليس أثر حلّ المعاهدة وجعلها معدومة إلّا عدم ملكيّة المفسوخ عليه بالنسبة إلى المملوك الفعليّ، فإنّ المعاهدة لا تقتضي إلّا تحقّق ملكيّة كلّ زمان يفرض وقوعها فيه بحسب ذلك الزمان فرفعها لا يقتضي إلّا رفع ما تقتضيه المعاهدة، وهي الملكيّة بالنسبة إلى المملوك الواقع في الزمان الفعليّ. كيف؟! ولو اقتضت المعاهدة حصول الملكيّة للمعاهد له بالنسبة إلى الزمان السابق لاقتضى العقد ملكيّة المشتري للمبيع بالنسبة إلى الزمان السابق على العقد، وهو بديهيّ البطلان عند العرف والشرع.

وأمّا الحكم بالضمان للفسخ فلأنّ الضمان لايكون في العرف مترتّباً على وقوع التلف حدوثاً في ملك الغير، بل ملاكه عرفاً على الظاهر كون التالف ملكاً للغير، ولذا لو ►

وتظهر الثمرة في النماء المتخلّل* بين العقد والإجازة، فعلى الأوّل نماء المبيع للمشتري ونماء الثمن للبائع وعلى الثاني بالعكس.

↲ أسقط أحدعيناًعن صلاحيّةالانتفاع وكان نفعه عند التلف مملوكاً له ولكن كانت العين مورداً للاستيجار بالنسبة إلى ما بعد ذلك الزمان يضمن المنافع بالنسبة إلى المستأجر، وليس ذلك لحدوث تلف المنافع في ملك الغير، لأنّه لم يحدث فيه، بل لتملّك المنافع المتلفة، فافهم وتأمّل، وللكلام محلّ آخر ربما يأتي ما يوضحه إن شاء الله تعالى.

تظهر الثمرة في النماء المتخلّل

(*) قد عرفت أنّ المحتملات فيالمسألة الّتي يمكن أن توجّه بوجه قابل للبحث فيه ثلاثة:

الأوّل: الكشف بمعنى أنّ حصول الإجازة كاشف عن سبق مالكيّة المشتري بالنسبة إلى المبيع والبائع بالنسبة إلى الثمن.

ووجهه: أنّ الإجازة والرضا من الشرائط المتأخّرة بالنسبة إلى تأثير البيع.

لكن قد عرفت أنّ مقتضى الرجوع إلى الدليل الشرعيّ والنظر إلى العرف أنّ الرضا شرط مقارن، ولذا يكون التصرّف في المال من طرف المشتري مع العلم بكراهة المالك فعلاً وفرض العلم بالإجازة من المنكرات لدى العرف والمتشرّعة.

الثاني: النقل بمعنى انتقال جميع الإضافات الحاصلة للمال إلى المشتري في المبيع وإلى البائع في الثمن الّتي منها ملكيّته بالنسبة إلى المال الموجود في بعد العقد وقبل الإجازة. وهذا نقلٌ يشبه الكشف من بعض الجهات.

الثالث: النقل بمعنى انتقال الملكيّة الحاصلة بعد الإجازة إلى الطرفين بالنسبة إلى المملوك الملحوظ تحقّقه بعدها.

والوجه في الاحتمالين واضح لمن أحاط خبراً بما ذكرناه.

وأمّا ما في المتن من الثمرة فلعلّ الظاهر أن يقال: إنّه على الأوّلين يملك النماء ↖

المسألة التاسعة: إذا كان المالك راضياً بالبيع باطناً لكن لم يصدر منه إذن وتوكيل للغير في البيع أو الشراء فالظاهر أنّه لا يكفي في الخروج عن الفضوليّة*،

◄ وعلى الأخير لا يملك النماء؛ لكن فرقٌ بين الأوّلين في الثمرة أيضاً، من جهة أنّه على الأوّل منهما يكون النماء قبل الإجازة ملكاً لمن انتقل إليه فلو باعه صاحبه الأصليّ كان البيع فضوليّاً، وأمّـا على الثاني منهما فهو بـاقٍ على ملك مالكه الأصليّ فلو باعه كان صحيحاً، لكن يمكن أن يكون مقتضى الإجازة بناءً عليه: استحقاق أخذ بدله الواقعيّ من جهة مالكيّة المجاز له للمال التالف، فتأمّل.

إذا كان المالك راضياً باطناً فالظاهر أنّه لا يخرج البيع بذلك عن الفضوليّة

(*) قد ظهر ممّا ذكرناه في التعليق على المسألة السابعة[1] الوجه في ذلك. ونزيد هنا بعضاً من الوجوه إن شاء الله تعالى.

ويلخّص الكلّ في اُمور:

الأوّل: أنّ البيع العرفيّ كما يحتاج إلى الإيجاب والقبول لأنّه من العقود كذا يحتاج إلى كونه مورداً للتعهّد من المالك، فإنّه متقوّم بالتعهّد، وتعهّدُ غير من بيده الأمر من الوليّ والمالك ووكيلهما بحكم العدم عند العرف، إذ لا وجه للاعتبار بتعهّد الأجنبيّ.

والحاصل: أنّه لا شبهة عند العرف والعقلاء أنّه لابدّ في صدق البيع على معاملة وحمله عليها بالحمل الشائع من كونه مورداً لتعهّد المالك، وليكن هذا هو المراد من الاستناد والإضافة إلى المالك لا بمعنى كونه هو البائع، إذ هو محتاج إلى المباشرة أو التسبيب أو ◄

---

(١) في ص ١٧٢.

↲الاستنابة والتوكيل ولو لم يكن تسبيب في البين، فتأمّل.

الثاني: عدم إطلاق في البين يدلّ على ذلك، لوضوح أنّ عموم وجوب الوفاء بالعقد والعهد لا يشمل المقام، فإنّ التعهّد الصادر من الأجنبيّ لا يمكن أن يكون موضوعاً لوجوب الوفاء عليه، ولا عقد بالنسبة إلى المالك.

وأمّا قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ (١) فقد تقدّمت الإشارة (٢) عند ذكر أدلّة الفضوليّ إلى أنّه لا إطلاق له.

ووجهه: أنّها ليست بصدد بيان حلّيّة البيع حتّى يؤخذ بإطلاقها في الحكم المذكور، بل بصدد الفرق بين الربا والبيع بحرمته في الأوّل وحلّيّته في الثاني بعد الفراغ عن الحكمين.

وأمّا قوله تعالى: ﴿تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ﴾ (٣) فلأنّه لو لم يدلّ على التقييد بكون التجارة ناشئة عن تراضي المالكين من جهة كون القيد وارداً مورد الغالب أو من جهة كون المقصود هو الحثّ على التجارة لتكون عن التراضي لا يدلّ على الإطلاق.

وأمّا قاعدة السلطنة المعوّل عليها عند العقلاء المفوّه بها في خبر عوالي اللآلئ المتقدّم في هذا الكتاب (٤).

ففيها أوّلاً: أنّها أخصّ من المدّعى، فإنّ شبهة شمولها إنّما هي بالنسبة إلى صورة إرادة إعمال السلطنة بنفس الرضا بمعنى أن يكون بناء المالك على حصول البيع بنفس الرضا، وأمّا إذا كان راضياً بالبيع ولم يكن بصدد إيجاد مفاده بذلك فمقتضى قاعدة السلطنة: عدم حصوله، إذ حصول المرضيّ بصِرف الرضا بدون إعمال السلطنة بذلك خلاف تسلّط الناس على أموالهم.

وثانياً: أنّ المجاز في القاعدة هو تسلّط الناس على أموالهم، لا تسلّطهم على الاعتبارات العرفيّة.

فإذا كان البيع عندهم محتاجاً إلى وقوع التعهّد عليه من المالك وكان المالك بصدد↰

---

(١) سورة البقرة: ٢٧٥.
(٢) في ص ١٤٥.
(٣) سورة النساء: ٢٩.
(٤) في ص ٣٩.

◄ حصول البيع بصِرف الرضا:

فإن كان المقصود حصول البيع المعتبر عند العرف بصِرف ذلك فهو خارج عن حدود سلطنته.

وإن كان المقصود جعل اصطلاح جديد في البيع فهو لا يدلّ على المطلوب من صحّته بيعاً.

وكذا لو كان المقصود حصول الملكيّة العرفيّة المعتبرة عند العقلاء بذلك، فإنّه أيضاً خارج عن حدود سلطنته.

نعم، له إعمال السلطنة بذلك في عدم تصرّفه فيه بنفسه وتصرّف الآخر فيه. لكنّه خارج عن المفروض، إذ المفروض إعمال السلطنة البيعيّة أو ما يكون مفاده بنفس الرضا.

الثالث: الظاهر من صحيح محمّد بن قيس المتقدّم[1] أنّ الملاك هو إنفاذ البيع وإجازته، لقوله عليه السلام في الصدر: «حتّى ينفذ لك ما باعك» وفي الذيل: «فلمّا رأى ذلك سيّد الوليدة الأوّل أجاز بيع ابنه».

وكذا الظاهر من معتبر زرارة في المملوك الّذي تزوّج بغير إذن سيّده المتقدّم[2]، وفيه: «ذاك إلى سيّده إن شاء أجاز وإن شاء فرّق بينهما»، فإنّ ظهور قوله: «أجاز» في أنّ الملاك هو الإجازة ممّا لا ينكر، وقوله: «وإن شاء فرّق بينهما» شامل لصورة حصول الرضا بالتزويج باطناً في آنٍ من الآنات. كيف؟! ولولا ذلك لوجب التنبيه على أنّه يجوز له التفريق بينهما إن لم يحصل له الرضا بالتزويج في آنٍ من الآنات مع وضوح حصول ذلك في كثير من الأوقات عند التأمّل في موضوع له جهات مختلفة من حيث المصلحة والمفسدة.

وما ذكرناه هو الظاهر من بعض الأخبار الخاصّة الأُخرى وما في صحيح أبي عبيدة المتقدّم[3] من قوله: «إلّا أن يكونا قد أدركا ورضيا» وقوله فيه أيضاً: «يجوز ذلك عليه ◄

---

(١) في ص ١٤٧. (٢) في ص ١٤٨. (٣) في ص ١٥٠.

فيحتاج في نفوذه إلى الإجازة، سيّما إذا لم يلتفت* حين العقد إلى وقوعه لكن كان بحيث لو كان ملتفتاً كان راضياً.

إن هو رضي»،فليس المقصودبحسب الظاهرصِرف الرضا الباطنيّ، بل الإخبار بالرضا بداعي حصول التزويج بقرينة ما فيه: «ورضي بالنكاح ثمّ مات» وقوله: «وتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلّا رضاها بالتزويج».

هذا كلّه، مضافاً إلى أنّ الحكم بصحّة البيع الفضوليّ بمجرّد الرضا الباطنيّ لعلّه خلاف السيرة، فإنّ من يتدبّر الأمر ويتأمّل فيه قد يرضى لجهة وقد يكره لجهة أُخرى وقد يتردّد حتّى يجزم بأحد الطرفين. ولو كان صِرف الرضا الباطنيّ موجباً لتنجّز العقد لكان اللازم عليه مراعاة عدم حصول طيب النفس ولو آناً مّا، ولعلّه واضح البطلان لدى العرف.

سيّما في صورة فقد الرضا الفعليّ وكون الرضا تقديريّاً

(*) وذلك لعدم الرضا بالفعل، فإنّ القدر المتيقّن من كفاية الرضا التقديريّ المستقرّ عليه عمل العقلاء والمتشرّعة إنّما هو بالنسبة إلى عدم قبح التصرّف في مال الغير وجوازه تكليفاً؛ وهو الّذي يستفاد من بعض الأخبار الّتي أشار إليه في الجواهر في باب الوضوء؛ وأمّا كفايته في حصول مفاد المعاملات فلا دليل عليه، بل مقتضى ظواهر الأدلّة عكس ذلك كما لا يخفى. هذا.

مع ما عرفت من أنّ الحكم بحصول مفاد المعاملات بصِرف الرضا بدون إعمال السلطنة خلاف قاعدة تسلّط الناس على أموالهم. وعدمُ إعمال السلطنة في التقديريّ من الرضا واضح، بخلاف الرضا الفعليّ فإنّه منقسم إلى قسمين كما مرّت الإشارة إليه.

المسألة العاشرة: لا يشترط في الفضوليّ قصد الفضوليّة، فلو تـخيّل كونه وليّاً أو وكيلاً* فتبيّن خلافه يكون من الفضوليّ ويصحّ بالإجازة.

لا يشترط في الفضوليّ قصد الفضوليّة، وحكم من باع بتخيّل كونه وكيلاً ومن باع بتخيّل كونه فضوليّاً، وحكم من باع بتخيّل كونه مالكاً ثمّ بان خلافه وصوره الأربعة

(*) وكذا لو تـخيّل كونه مالكاً فباع لنفسه أو باع لمن يكون مالكاً واقعاً ثمّ تبيّن خلافه، فإنّه يكون فضوليّاً ويصحّ بإجازة المالك الواقعيّ لنفسه ولمالكه على ما تقدّم.

فصور ما ذكرناه أربعة:

الأُولى: أن يبيع بتخيّل الملكيّة لنفسه ويجيز المالك كذلك. وقد مرّت صحّته.

الثانية: أن يبيع لنفسه ويجيز المالك لنفسه. وقد مرّت أيضاً صحّته بواسطة الإجازة الإصلاحيّة.

الثالثة: أن يبيع من يزعم الملكيّة لمالكه الواقعيّ ويجيز المالك الواقعيّ كذلك. وهذا أيضاً لا إشكال فيه بناءً على مامرّ منّا من صحّة بيع المالك ملكه لغيره وأنّه غير منافٍ لقصد المعاوضة.

الرابعة: أن يبيع لمالكه ولكن يجيز المالك الواقعيّ له، وهذا مثل أن يبيع الفضوليّ مال الغير لثالث فأجاز المالك البيع المذكور لرابع. وقد عرفت عدم البعد في صحّته مع الإجازة من جانب المالك والإجازة ممّن أُجيز له، من باب تصحيح الإجازة الإصلاحيّة الّذي هو مبنى صحّة بيع الغاصب ووقوعه للمالك.

نعم، على مسلك الشيخ المؤسّس الأنصاريّ لا يصحّ ذلك لوجهين:

أحدهما: أنّ البائع الزاعم لملكيّة المال حيث باع مال نفسه بزعمه لغيره لم يقصد المعاوضة الحقيقيّة ولو على مبنى التنزيل، لأنّه لا تنزيل في البين بخلاف الغاصب.

ثانيهما: التغاير بين المنشأ والمجاز وعدم مجيء الإصلاح المبنيّ عليه صحّة بيع ↖

وأمّا العكس ـ بأن تخيّل كونه غير جائز التصرّف فتبيّن كونه وكيلاً أو وليّاً ـ فالظاهر صحّته*

↲ الغاصب بإجازة المالك لنفسه، لأنّه مبنيّ على أنّ البيع يكون للمالك مع ادّعاء المالكيّة، وهذا غير مفروض وليس مورداً للاعتبار في المقام، إذ لا ينزّل الغير منزلة المالك، لأنّ التنزيل المشار إليه في الغاصب مبنيّ على ترتيب جميع آثار الملكيّة عليه وفرض نفسه مالكاً حتّى مع قطع النظر عن البيع، وليس تنزيلاً آنيّاً سهل التحقّق حتّى يمكن اعتباره في جميع الموارد، فافهم وتأمّل.

ثمّ لا يخفى أنّه قد ظهر ممّا ذكرناه في بعض التعاليق المتقدّمة الفرق بين صورة المسألة ـ وهي ما لو عقد زاعماً لاستحقاق التصرّف ـ وغيرها من وجهين:

أحدهما: عدم مجيء شبهة التعليق أو الدور المتقدّمين[1].

ثانيهما: وضوح كون الإجازة المطلقة كاشفة بالمعنى المتقدّم الّذي حقيقته النقل فيها دون غيرها، ومحصّله كون الإجازة مؤثّرة في ما قبلها مملوكاً لا ملكيّة.

والوجه في ذلك وضوح تحقّق القصد إلى النقل من حين العقد بلا ترقّب لإجازة المالك.

الظاهر صحّة بيع من باع بتخيّل كونه فضوليّاً فبان كونه وكيلاً

(*) **هذا واضح في الوكيل**، فإنّه يصحّ ولا يحتاج إلى الإجازة ولو فرض كون رضاه مقيّداً واقعاً بعدم وكالته، من جهة أنّه لو كان عالماً بها لم يكن يقدم على البيع للمالك إلّا مع دقّة ومراعاة أزيد ممّا روعي في فرض كون البيع فضوليّاً، بملاحظة أنّ الاختيار محوّل إلى صاحب المال فهو بنفسه ينظر في صلاحه وفساده.

وجه **الوضوح** حتّى في الصورة المذكورة أنّ المفروض كون البيع مورداً للوكالة ↰

---

(١) في ص ١٦٢.

وعدم احتياجه إلى الإجازة على إشكال في الثاني*.

◄فيصحّ ولو لم يكن الوكيل راضياً، لكفاية رضا الموكّل في صحّة المعاملة. والفرض وجود العقد فلا نقص فيه حتّى يحتاج إلى الإجازة.

الإشكال في ما لو تبيّن كونه وليّاً ووجهه

(*) قد ظهر ممّا ذكرناه في التعليق المتقدّم وجه الإشكال في الثاني وهو فرض تبيّن كونه وليّاً، فإنّه يمكن تقيّد طيب نفسه في مقام الثبوت بعدم ولايته وأنّ الولاية للغير، فعليه أن ينظر في مصلحة المولّى عليه ويجيز إن رآها وإلّا ردّه؛ ولو كان عالماً بكونه وليّاً لم يكن يقدم على المعاملة المفروضة بسهولة، وليس ذلك مثل فرض تبيّن كونه وكيلاً، لأنّ رضاية المولّى عليه لا أثر لها بخلاف رضا الموكّل.

إن قلت: إقدامه على المعاملة برهان على رضاه بها. وتقيّد رضاه بالمعنى المذكور لايوجب بطلان المعاملة، لأنّ رضاه لايكون مقيّداً في الواقع بعدم الولاية، بل مقيّد بعدم العلم بها، وهو حاصل والرضا حاصل. كيف؟!ولو كان مثل التقيّد المذكور موجباً لبطلان المعاملة لابدّ من الحكم ببطلان كثير من المعاملات، إذ المعاملات المتخلّفة عن مقاصد المقدمين عليها كثيرة جدّاً.

قلت: إقدامه على المعاملةالفضوليّة برهان على رضاه بالإنشاء، وأمّا الرضا بالتمليك فكان يرى نفسه أجنبيّاً منه وأنّه محوّل إلى غيره.

وإن شئت قلت: إنّ الإقدام المذكور دليل على طيب نفسه وعدم كراهته، لاستناد التمليك إلى غيره، ولايكون دليلاً على الرضا باستناد التمليك إلى نفسه، بل الظاهر أنّه لايدلّ على إرادة التمليك من جانب الغير، بل يكفي للإقدام على الإنشاء وجود المصلحة فيه لنفسه ولو من جهة أخذ الأُجرة وعدم كراهة حصول الملكيّة للمشتري ـ مثلاً ـ من جانب المولّى عليه المفروض عنده أنّه غيره. ◄

↲ بل لعلّ الأظهر احتياجه إلى الإجازة ولو مع العلم بعدم تقيّد الرضا، من جهة أنّ الرضا المطلق الّذي كان موجوداً في نفسه لم يحرز كونه الرضا الفعليّ بالتمليك من جانبه، لأنّه يرى نفسه أجنبيّاً، وقد مرّ أنّ الظاهر من الدليل دخالة الرضا الفعليّ في حصول مفاد المعاملات؛ بل لو علم بثبوت الرضا الفعليّ بحصول التمليك من جانبه بحيث قد التفت إلى ذلك وتصوّره ويرى نفسه راضيةً بذلك لكن حيث لايكون الرضا بالتمليك الفعليّ من جانبه بحيث يريد حصوله مستنداً إلى نفسه كما في المعاملات الّتي تصدر من المالكين فكفايته غير واضحة، من جهة أنّ ذلك ليس إلّا حبّ التمليك بدون أن يكون مريداً له.

والحاصل: أنّ كفاية صِرف الحبّ بالتمليك ولو فعلاً مع زعم نفسه أجنبيّةً عنه غير واضحة، فالإشكال المشار إليه في المتن جارٍ في جميع صور بيع الوليّ الزاعم نفسه أجنبيّاً، وهذا بخلاف الوكيل.

بل لابدّ من الجزم في بعض الصور بالاحتياج إلى الإجازة كما عرفت، لكنّ الظاهر كفاية صِرف الرضا الفعليّ بعد التوجّه إلى حصول التمليك الفعليّ، لأنّ التعهّد منه واقع ولانقص للبيع المفروض إلّا عدم الرضا الفعليّ على نحو مامرّ، ولايحتاج إلى الإجازة والإمضاء بل ولا إلى إظهار الرضا، بل الرضا الباطنيّ كافٍ كما هو واضح الوجه، وهو الأعلم.

هذا كلّه بالنسبة إلى ما هو ظاهر المتن من إيقاع البيع لمالكه لأنّه هو الّذي يكون وكيلاً فيه ووليّاً عليه.

وأمّا إذا أوقعاه لنفسهما فالاحتياج إلى الإجازة الإصلاحيّة وجعل البيع للمالك واضح، بأن يجيزه الوليّ ثانياً للمولّى عليه ويجيزه الموكّل لنفسه أو الوكيل لموكّله إن كان وكيلاً في ذلك أيضاً.

وإن فرض كونهما وكيلاً أو وليّاً على بيع مال المالك لنفسهما فالحكم في الوكيل كما سبق من وضوح صحّة المعاملة. ↖

ومثله ما إذا تخيّل كونه غير مالك فتبيّن كونه مالكاً*؛ لكن عدم الصحّة والاحتياج إلى الإجازة فيه لايخلو من قوّة.

وأمّا الوليّ:

فإن كان إيقاع البيع منه بترقّب إجازة المالك أو الوليّ فالظاهر مجيء الإشكال المتقدّم في الوليّ الّذي يبيع عن المالك.

وأمّا إن كان على وجه الاستقلال والاستبداد فالظاهر صحّة المعاملة وعدم الاحتياج إلى الإجازة ثانياً، لأنّ إقدامه على التمليك الفعليّ من قبل نفسه لنفسه برهان على الرضا بذلك، فالرضا حاصل ولو كان منشؤه تخيّل الغصب وعدم جواز التصرّف وإن كان فيه إشكال من جهة كون عنوان الوليّ كعنوان المالك مقوّماً بالنسبة إلى دخالة الرضا وطيب النفس، ولذا لو أجاز الوليّ لأحد أن يتصرّف في مال المولّى عليه بتخيّل أنّه لايكون له بل لثالث والمجاز له يعلم باشتباه الوليّ لايجوز له التصرّف بحسب ارتكاز المتشرّعة.

في ما إذا تخيّل كونه غير مالك فبان كونه مالكاً، وبيان أنّ لها صوراً ثلاثة يختلف الحكم فيها وضوحاً وخفاءً

(*) **لايخفى أنّ** لهذا الفرع صوراً:

الأُولى: أن يبيع عن المالك بترقّب إجازته.

والاحتياج إلى الإجازة فيها من وجوه:

الأوّل: أنّ البيع يكون عن الغير وللغير، فإيقاعه لنفسه يحتاج إلى الإجازة الإصلاحيّة، وإلّا كان المجاز والمنشأ متغايرين.

الثاني: عدم الرضا بالتمليك الفعليّ نوعاً، لأنّه يرى نفسه أجنبيّاً عن ذلك، بل هو ←

المسألة الحادية عشر: لو باع شيئاً فضولاً ثمّ ملكه إمّا باختياره كالشراء أو بغير اختياره كالإرث صحّ بإجازته*

↲راضٍ بإنشاء البيع لترقّب إجازة المالك.

الثالث: عدم تعلّق الرضا ـ على فرض تحقّقه ـ بتمليك مال نفسه.

الثانية: أن يبيع عنه أيضاً لكن بالاستقلال والاستبداد لادّعائه الولاية عليه مثلاً.

والاحتياج إلى الإجازة فيها للأوّل والثالث من الوجهين.

الثالثة: أن يبيع لنفسه بنحو الاستقلال والاستبداد.

الظاهر احتياج البيع فيها أيضاً إلى الإجازة.

والوجه فيه هو الأمرالثالث،فإنّ الرضا وإن كان حاصلاًحين البيع لكن لم يكن بعنوان حلوله في مالك المال، والعنوان المذكور مقوّم للموضوع بالنسبة إلى طيب النفس، فإنّ عنوان المالك بالنسبة إلى طيب النفس أوضح قواماً من عنوان العبد في المبيع الشخصيّ المنكشف أنّه حمار، فالرضا الحاصل بعنوان غير المالك غير كافٍ.

فتحصّل أنّ ما في المتن هو الظاهر مطلقاً وإن كان يختلف حكمه وضوحاً وخفاءً، وهو الأعلم.

لو باع شيئاً فضولاً ثمّ ملكه

(*) وهو الّذي استظهره الشيخ الأنصاريّ‏ؒ عن كلام المحقّق في المعتبر[1] وقوّاه في أوّل كلامه[2].

وهو الّذي يقتضيه القاعدة مع قطع النظر عن الأخبار الخاصّة، من غيرفرق بين ما لو باع لنفسه قاصداً لتنجز النقل والانتقال من حين العقد أوقاصداً لترتيب أثر اللزوم ↰

---

(١) المكاسب: ج ٣ ص ٤٣٥.

(٢) المكاسب: ج ٣ ص ٤٣٧.

بعد ما ملكه على الأقوى، وليس باطلاً بحيث لا تجدي الإجازة أصلاً*

من أوّل الأمر من الطرفين بأن كان البائع ملزماً بتحصيل ما باعه وتسليمه إلى المشتري وكان المشتري ملزماً بالصبر عليه وكان البائع مالكاً للثمن من أوّل الأمر بحسب بنائهما، أو باع ذلك لنفسه موقوفاً على إجازة المالك أو إجازة نفسه إن ملك أو موقوفاً على الانتقال إليه بالاختيار أو بلا اختيار، أو باع لمالكه مترقّباً لإجازته. فإنّه في جميع تلك الصور يكون التعهّد موجوداً ورضا المالك محقّقاً فلابدّ من الحكم بالصحّة لشمول العموم الدالّ على لزوم العقد والعهد. وأمّا الاحتياج إلى الإجازة فليس لصحّة الاستناد إلى المجيز وصيرورة العقد الواقع مورداً لتعهّده، لأنّ التعهّد قد حصل من طرفه، بل لأنّ الرضا السابق كان رضاً بانتقال المال من الغير إلى المشتري في بعض الصور المتقدّمة أو بانتقاله إلى المشتري بعد تملّكه وإجازته.

ومنه يظهر أنّه لاوجه للاحتياج إلى الإجازة في جميع الصور الّتي منها البيع لنفسه مترقّباً للتملّك والاشتراء من مالكه الأصليّ. فإنّ التعهّد والرضا بالانتقال بعد التملّك حاصل، فالحاجة إلى الإجازة فيها غير واضحة بحسب القاعدة.

(*) البطلان في الجملة هو الّذي حكي عن المحقّق الثاني ومال إليه بعض المتأخّرين[١]،بل هو الّذي يظهرمن المحكيّ عن عبارةالتذكرة نافياً للخلاف في فساده. قال: «لايجوز أن يبيع عيناً لايملكها ويمضي ليشتريها ويسلّمها، وبه قال الشافعيّ، وأحمد، ولانعلم فيه خلافاً، لقول النبيّ ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك»[٢] ولاشتمالها على الغرر، فإنّ صاحبها قد لا يبيعها، وهو غير مالك لها ولا قادر على تسليمها[٣]. وحكي عن المختلف الإجماع على المنع أيضاً[٤].

(١) راجع المكاسب: ج ٣ ص ٤٣٦.

(٢) سنن أبي داود: ح ٣٥٠٣، جامع الترمذيّ: ح ١٢٣٢، سنن النسائيّ: ح ٤٦١٧، سنن ابن ماجه: ح ٢١٨٧.

(٣) حكاه في المكاسب: ج ٣ ص ٤٥٤ عن التذكرة: ج ١٠ ص ١٦.

(٤) المكاسب: ج ٣ ص ٤٥٥.

وظاهر عبارة التذكرة بل صريحها عدم الفرق بين صورة الإجازة وعدمها، إذ البطلان من ناحية الغرر وعدم القدرة على التسليم لا يرتفع بإجازة المالك.

وكيف كان، فعمدة الوجه في ذلك: الأخبار الّتي ربما يدّعى ظهورها في المنع، وهي على طوائف:

منها: مادلّ على النهي عمّا ليس عند البائع:

كخبر سليمان بن صالح عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن سلف وبيع، وعن بيعين في بيع، وعن بيع ما ليس عندك»[1].

ويدلّ عليه حديث المناهي[2] أيضاً، وقد تقدّم الحديثان[3]. وكذا مارواه في الخلاف عنه صلى الله عليه وآله[4]، وقد تقدّم[5].

وفيها: أنّ بين العنوان المذكور وعنوان الملكيّة الّذي هو مورد البحث هو العموم من وجه، إذ الظاهر منه كون المبيع تحت استيلاء البائع وقدرته، وهو قد يكون صادقاً مع عدم الملكيّة، وقد لايكون صادقاً مع وجود الملكيّة، وقد يتصادقان.

ومنها: مادلّ على اشتراط كون البائع مالكاً:

مثل ما تقدّم نقله[6] عن الخلاف عن شعيب عن أبيه عن جدّه عنه صلى الله عليه وآله، وفيه: «ولا بيع إلّا في ما يملك»[7] وما في التوقيع المتقدّم[8]: «لايجوز بيع ما ليس يملك»[9].

وفيها أوّلاً: إمكان أن يكون الظرف في قوله صلى الله عليه وآله: «في ما يملك» متعلّقاً بما يستفاد من النفي، والمعنى أنّ البيع محكوم بالبطلان إلّا في حال كون الشيء مملوكاً.

وثانياً: إمكان أن يكون إضافة البيع إلى ما يملك في الأوّل وإضافته إلى ما ليس

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٤٧ ح ٢ من ب ٧ من أبواب أحكام العقود.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٤٨ ح ٥ من ب ٧ من أبواب أحكام العقود.

(٣) في ص ١٦٠. (٤) الخلاف: ج ٣ ص ١٦٩. (٥) في ص ١٥٨.

(٦) في ص ١٥٩. (٧) الخلاف: ج ٣ ص ١٦٩. (٨) في ص ١٥٩.

(٩) التهذيب: ج ٧ ص ١٥٠ ح ١٦ من ب ١١ من أبواب كتاب التجارات، باب أحكام الأرضين.

◄يملك في الثاني من حيث كونه موضوعاً للجواز وعدمه. فالمعنى في الأوّل أنّه لايصحّ إلّا البيع المضاف إلى المملوك. فما يصحّ في الخارج ويكون موضوعاً للحكم بالصحّة هو البيع المتعلّق بالمملوك، وما يكون موضوعاً لعدم الجواز هو البيعُ المضاف إلى ما ليس يملك.

والحاصل: أنّ الإضافة لا تكون مقصودة من حيث وقوع البيع في زمان المملوكيّة وعدمه، بل من حيث كونها دخيلة في موضوع الصحّة والفساد.

وثالثاً: حيث إنّ الأحكام المذكورة للبيع منزّلة على إمضاء بناء العقلاء نوعاً فلابدّ أن يكون اشتراط الملكيّة في البيع على نحو يكون مورداً لاعتبار العقلاء، والنكتة المذكورة موجبة للانصراف إلى اشتراط الملكيّة في كلّ زمان بالنسبة إلى ذلك الزمان، لا اشتراط الملكيّة حين إنشاء البيع.

والحاصل: أنّه بعد الفراغ عن عدم لزوم أن يكون إنشاء البيع من جانب المالك أو بإذنه وتوكيله بل وفرض كفاية اجازته بعد الإنشاء لايكون اشتراط الملكيّة حين البيع أمراً مطابقاً للارتكاز ومناسباً لأحكام المالكيّة، فإنّ دخالة رضا المالك وإجازته في الصحّة الشرعيّة والعرفيّة واضحة عند الشرع والعرف. وأمّا اشتراط كون المالك حين الإجازةهو المالك حين العقد من دون لزوم مباشرتهلإجراء العقد ولا إذنهوتوكيله سابقاً كما هو المفروض من صحّة الفضوليّ فهو شرط تحميليّ على بناء العقلاء وارتكازهم فلابدّ من التصريح به، وإلّا ينصرف الدليل إلى ما ينطبق على بنائهم.

ولا يخفى أنّ إنشاء الحكم على طبق بناء العقلاءكثيرفي باب المعاملات، مثل ﴿أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾[1] و«الصلح جائز بين المسلمين»[2] و«الناس مسلّطون على أموالهم»[3] و«على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي»[4]، فلا يمكن أن يقال: إنّ الكلام ظاهر في ◄

---

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٤٤٣ ح ٢ من ب ٣ من أبواب كتاب الصلح.

(٣) عوالي اللآلئ: ج ١ ص ٢٢٢ ح ٩٩.

(٤) عوالي اللآلئ: ج ١ ص ٢٢٤ ح ١٠٦.

التأسيس لا الإمضاء، فتبصّر.

ورابعاً: يمكن أن يقال:إنّ لفظ «يملك»شامل للمستقبل أيضاً. فالخبر الأوّل بمنطوقه دالّ على صحّة البيع في المورد، والثاني لايدلّ إلّا على عدم جواز بيع ما ليس يملك ولو في المستقبل، بل يمكن إشعاره مفهوماً بالصحّة وإن كان فيه تأمّل.

وخامساً: أنّ الأوّل ضعيف السند.

وأمّا الثاني فدلالته لا تخلو عن ضعف مع قطع النظر عمّا تقدّم.

وذلك لوجهين:

أحــــدهما: احتمال كون الموصول مشيراً إلى ما سأله الصفّار عن سهم من القرية المخصوصة.

ثانيهما: احتمال أن يكون المقصود من الحكم بيان إمكان التفكيك والحكم بصحّة البيع في ما يملك وفساده بالنسبة إلى ما لا يملك، فإنّ المظنون بل المقطوع أنّ الصفّار كان عالماً بعدم جواز بيع ما لا يملك وجواز ما يملك، ومورد الإشكال في السؤال هو التفكيك في المعاملة، فراجع ما تقدّم[١] وتأمّل فيه.

الطائفة الثالثة: ما يدلّ على جواز المقاولة على مال الغير ثمّ الاشتراء منه ثمّ بيعه معلّلاً بعدم كون ما صدر منه أوّلاً بيعاً وأنّ البيع بعد الاشتراء:

مثل صحيح منصور عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل أمر رجلاً يشتري له متاعاً فيشتريه منه، قال: «لا بأس بذلك إنّما البيع بعد ما يشتريه»[٢].

وصحيح محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام، قال: سألته عن رجل أتاه رجل فقال: ابتع لي متاعاً لعلّي أشتريه منك بنقد أو نسيئة، فابتاعه الرجل من أجله، قال: «ليس به بأس إنّما يشتريه منه بعد ما يملكه»[٣].

---

(١) في ص ١٥٩.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٥٠ ح ٦ من ب ٨ من أبواب أحكام العقود.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٥١ ح ٨ من ب ٨ من أبواب أحكام العقود.

الطائفة الرابعة: ما يحكم فيه بالجواز معلّلاً بوجود الاختيار للبائع بعد الاشتراء أو لهما، وفي بعضها التذييل بقوله: «إنّما يحلّ الكلام ويحرّم الكلام»:

مثل خبر منصور بن حازم، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل طلب من رجل ثوباً بعينة، قال:ليس عندي هذه دراهم فخذها فاشتر بها، فأخذها فاشترى بها ثوباً كما يريد ثمّ جاء به أيشتريه منه؟ فقال: «أليس إن ذهب الثوب فمن مال الّذي أعطاه الدراهم؟» قلت: بلى، قال: «إن شاء اشترى وإن شاء لم يشتر؟» قلت: نعم، قال: «لابأس به»[١].

وخبر معاوية بن عمّار، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام يجيئني الرجل يطلب منّي بيع الحرير وليس عندي منه شيء، فيقاولني عليه وأُقاوله في الربح والأجل حتّى نجتمع على شيء، ثمّ أذهب فأشتري له الحرير فأدعوه إليه، فقال: «أرأيت إن وجد بيعاً هو أحبّ إليه ممّا عندك أيستطيع أن ينصرف إليه ويدعك، أو وجدت أنت ذلك أتستطيع أن تنصرف إليه وتدعه؟» قلت: نعم، قال: «فلا بأس»[٢].

وخبر يحيى،قال:قلت لأبي عبدالله عليه السلام :الرجل يجيء فيقول:اشتر هذا الثوب، وأربحك كذا وكذا، قال: «أليس إن شاء ترك، وإن شاء أخذ؟» قلت: بلى، قال: «لابأس به إنّما يحلّ الكلام ويحرّم الكلام»[٣].

والظاهر رجوع الطائفة الرابعة إلى الثالثة، بتقريب أنّ المراد ببقاء الاختيار لأحدهما أو كليهما هو عدم وقوع البيع، لأنّه المستفاد منهما عرفاً بعد ملاحظتهما.

مع أنّه في خبر منصور بن حازم الثاني قد جمع بين الأمرين فقال عليه السلام: «أليس إن ذهب الثوب فمن مال الّذي أعطاه الدراهم؟» ثمّ قال عليه السلام: «إن شاء اشترى وإن شاء لم يشتر؟ ...».

ولايخفى أنّه كاد أن يكون صريحاً في أنّ الملاك واحد.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٥٢ ح ١٢ من ب ٨ من أبواب أحكام العقود.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٥٠ ح ٧ من ب ٨ من أبواب أحكام العقود.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٥٠ ح ٤ من ب ٨ من أبواب أحكام العقود.

ولكنّ الإنصاف: عدم دلالتهما على المدّعى، فإنّه لايستفاد منهما إلّا عدم البأس في صورة عدم كون المقصود ممّا وقع أوّلاً هو البيع مطلقاً وفي جميع الصور، وليس مفهومه إلّا وجود البأس في الجملة إذا كان الواقع أوّلاً هو البيع. ويمكن أن يكون ذلك من باب عدم إحراز القدرة على التسليم وأنّه من البيع الّذي لايكون المبيع عنده ولا يقدر عليه فحينئذٍيكون البيع غرريّاً،أو من جهة أنّ مضمون المقاولةالواقعة هو مقدار الربح بالنسبة إلى ما يشتري بعد ذلك، والثمن حينئذٍ مجهول، للجهل برأس المال كما هو الظاهر من خبر يحيى بن الحجّاج، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل قال لي: اشتر هذا الثوب وهذه الدابّة، وبعنيها أربحك فيها كذا وكذا، قال: «لابأس بذلك، اشترها ولا تواجبه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها»[1].

وأصرح من ذلك في‌ما نبّهنا عليه رواية إسماعيل بن عبدالخالق عن أبي الحسن عليه السلام، وفيه: إنّ عامّة تجّارنا اليوم يعطون العينة، فأقصّ عليك كيف نعمل؟ قال: «هات»، قلت: يأتينا المساوم يريد المال فيساومنا وليس عندنا متاع فيقول: «أربحك ده يازده»، وأقول أنا: «ده دوازده ...»[2]، فإنّ المستفاد منه أنّ التراضي على المجهول المعلوم مقدار الربح بالنسبة إلى رأس المال كان معمولاً بل كان هو عادة التجّار في المعاملات.

والحاصل: أنّه لايستفاد منهما إلّا وجود البأس في الجملة إذا كان الواقع أوّلاً هو البيع، ولعلّ البأس الموجود فيه في الجملة: عدم القدرة على التسليم أو الجهل بالثمن كما يستفاد ممّا ذكر. **هذا أوّلاً**.

وثانياً: على فرض إطلاق المفهوم وكون المستفاد هو عدم صحّة ما وقع أوّلاً بعنوان البيع مطلقاً فلابدّ من تقييده بصحيح صفوان عن ابن سنان، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يأتيني يريد منّي طعاماً أو بيعاً نسيئاً، وليس عندي، أيصلح أن أبيعه إيّاه

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٥٢ ح ١٣ من ب ٨ من أبواب أحكام العقود.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٥٣ ح ١٤ من ب ٨ من أبواب أحكام العقود.

↙ وأقطع له سعره، ثمّ أشتريه من مكان آخر فأدفعه إليه؟ قال: «لا بأس به»[١].

قال في الوسائل: وبإسناده ـ أي الشيخ ـ عن الحسن بن محمّد بن سماعة عن محمّد ابن زياد عن عبدالله بن سنان مثله إلّا أنّه قال: «لابأس إذا قطع سعره»[٢].

وثالثاً: أنّه وإن تقدّم أنّ مقتضى خبر منصور الثاني المتقدّم[٣]: وحدة الملاك وأنّه ليس مجموع الأمرين من بقاء الاختيار لهما وعدم تحقّق البيع ملاكاً، لغناء الثاني عن الأوّل، لكن من الممكن أن يكون الملاك بقاء الاختيار وعدم البيع من باب أنّه يبقى معه الاختيار،فلو جعل البائع الخيارلنفسه وكذا المشتري فلا يدخل تحت الأخبار المذكورة الناهية بل مقتضاها الصحّة، لأنّه يصدق أنّه «إن شاء ترك وإن شاء أخذ».

ورابعاً: أنّه مع الغضّ عن إهمال المفهوم وعن التقييدبخبر ابن سنان المتقدّم[٤] وعمّا ذكر في الثالث أنّ مقتضى ظاهر خبر معاوية بن عمّار المتقدّم[٥] الوارد في بيع الحرير أنّ مورده الكلّيّ لا العين الموجود في الخارج بل صريحه ذلك حيث فرض عدم كون الحرير عنده حين المقاولة، والعلّة المذكورة واردة فيه أيضاً.

وهو معارض بأخبار:

منها: الصحيح أو الحسن بإبراهيم عن عبدالرحمان بن الحجّاج عن أبي عبدالله عليه السلام، وفيه: «إنّ أبي كان يقول: لا بأس ببيع كلّ متاع كنت تجده في الوقت الّذي بعته فيه»[٦].

فإنّ المقصود من الوقت الّذي باعه فيه هو موقع التسليم بقرينة الصدر الوارد في الاستنشهاد لجواز المقاولة بجواز بيع السلم.

ومنها: صحيح إسحاق بن عمّار وعبدالرحمان جميعاً، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالّاً، قال:«ليس به بأس»، ↖

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٤٩ ح ٢ من ب ٨ من أبواب أحكام العقود.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٤٩.

(٣) في ص ١٩٤. (٤) في ص ١٩٥. (٥) في ص ١٩٤.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٤٧ ح ٣ من ب ٧ من أبواب أحكام العقود.

قلت: إنّهم يفسدونه عندنا، قال: «وأيّ شيء يقولون في السلم؟»، قلت: لايرون به بأساً يقولون: هذا إلى أجل، فإذا كان إلى غير أجل وليس عند صاحبه فلا يصلح، فقال: «فإذا لم يكن إلى أجل كان أجود»(أحقّ به «ن ل») ثمّ قال: «لا بأس بأن يشتري الطعام وليس هو عند صاحبه حالاً وإلى أجل» فقال: «لا يسمّي له أجلاً، إلّا أن يكون بيعاً لا يوجد مثل العنب والبطّيخ في غير زمانه، فلا ينبغي شراء ذلك حالاً»[١].

إلى غير ذلك[٢]، فراجع.

وحينئذٍ لابدّ من أن يحمل الإشعار المستفاد من التعليل في بيع الكلّيّ على التقيّة أو على الكراهة. والأوّل أقوى، لوجود الشاهد كما يظهر من الخبر المذكور ولإباء لسان الخبر أن يكون بيع الّذي ليس عنده ولكن يوجد في الخارج مكروهاً.

إن قلت: مع فرض الغضّ عمّا ذكر في الإيرادات الثلاثة من الحمل على التقيّة أو الكراهة بالنسبة إلى بيع الكلّيّ الّذي هو مورد مثل خبر معاوية المتقدّم[٣]، لوجود المعارض المذكور. وأمّا الوارد في خصوص بيع الشخصيّ فيؤخذ به ويحكم ببطلان البيع قبل الاشتراء، وهو مثل ما تقدّم[٤] من خبر يحيى، فإنّ فيه: الرجل يجيء فيقول: اشتر هذا الثوب وأربحك كذا وكذا.

قلت: مقتضى التمسّك بالعلّة في المقامين: عدم خصوصيّة لكون المبيع شخصيّاً وأنّ الحكم بالفساد في المقامين من جهة كون البيع قبل الشراء، والمفروض أنّ الحكم المذكور محمول على التقيّة أو الكراهة، فتأمّل فإنّه لا يخلو عن بحث.

وخامساً: أنّه بناءً على أن يكون عنوان «أليس إن شاء ترك وإن شاء أخذ» أو ما شاكله مشيراً إلى عدم تحقّق البيع كما هو مبنى الاستدلال حتّى يكون مفهومه الفساد على تقدير وقوع البيع فلاريب أنّ البيع الّذي فرض وقوعه هو البيع الفعليّ كسائر

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٤٦ ح ١ من ب ٧ من أبواب أحكام العقود.

(٢) راجع وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٤٦، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود.

(٣ و ٤) في ص ١٩٤.

ولا صحيحاً بحيث لا حاجة إليها*

◄البيوع بحيث يتملّك البائع الثمن ويملك المشتري المثمن على البائع فيكون في عهدته ويجب عليه السعي في تحصيله. والحكم بفساده مطلقاً حتّى بعد التملّك والإجازة لا يستلزم الحكم بالبطلان في ما فرض وقوعه مترقّباً للتملّك والإجازة من المالك.

ثمّ لا يخفى أنّه لا دلالة لجملة «إنّما يحلّ الكلام ويحرّم الكلام» الوارد في ذيل خبر يحيى المتقدّم[1] على محرّميّة الكلام السابق إن كان بيعاً مطلقاً، بل المقصود ـ وهو الأعلم ـ أنّ مبنى المعاملات على الإنشاءات لا المقاصد الأصليّة كما هو واضح.

الخامسة: ما يدلّ على النهي عن البيع قبل الشراء من مالكه: مثل ما تقدّم[2] من خبر يحيى بن الحجّاج الثاني، وفيه: «لا تواجبه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها».

وفيه أوّلاً: أنّ الظاهر أنّ مورده البيع المجهول ثمنه إلّا من جهة نسبة الربح إلى رأس المال، وهو غير كافٍ في الصحّة كما هو واضح.

وثانياً: أنّه من المحتمل أن يكون المنهيّ إيجاد البيع اللازم بحيث لا يحتاج إلى الإجازة بعد الاشتراء وكان كلّ واحد من المتبايعين ملزماً بالقبول؛ بل يحتمل أن يكون المقصود من المواجبة المنهيّ عنها إيجاب البيع وترتيب الأثر عليه قبل الاشتراء بحيث كان أحد الطرفين هو الثمن فيملك المالك ذلك والآخر هو الأعمّ من تحصيل المبيع ونفسه بحيث يجب عليه تحصيل المبيع والإصرار في الاشتراء، فتأمّل.

(*) قد مرّ في مطاوي كلماتنا ما يوضح الحقّ في ذلك.

ولكن يلخّص في أُمور:

منها: أنّ الظاهر عدم الاحتياج إلى الإجازة والرضا في ما إذا كان وقوع البيع مبنيّاً من أوّل الأمر على التعليق بالتملّك بمعنى وقوع التعهّد على انتقال المبيع بعد الشراء من مالكه الأصليّ ودخوله في ملك البائع الأوّل ـ مثلاً ـ إلى المشتري، فإنّ مقتضى عموم ◄

(١) في ص ١٩٤.

(٢) في ص ١٩٥.

كما قال بكلّ منهما قائل*.

◄وجوب الوفاء بالعقد والعهد: لزومه ولو لم يبق رضاه بعد التملّك؛ فالعقد المذكور كبيع الصرف قبل التقابض، والتعليق المشار إليه المتحقّق لبّاً غير مضرّ، فإنّه موجود في أكثر موارد الفضوليّ كما أُشير إليه.

ومنها: أنّه من الواضح عدم صحّته بدون الإجازة والرضا لو كان العقد الواقع بداعي ترقّب الإجازة من المالك ليكون عقده وواجباً عليه الوفاء، فإنّ الرضا بخروج المال عن ملكه لم يحصل فلابدّ لحلّيّة المال من ذلك، بل الأحوط لو لم يكن أقوى عدم الاكتفاء بصِرف الرضا الباطنيّ، لأنّ العهد الواقع كان للمالك ولم يقع عهد من قبل نفسه حتّى يجب عليه الوفاء فلابدّ من الإجازة حتّى يستند العهد إليه بما تقدّم من المعنى، وخلاصته وقوع العقد السابق مورداً لتعهّده بواسطة الإجازة.

ومنها: أنّه لو كان التعهّد الواقع لنفسه ولكن بداعي النظر فيه بعد التملّك فالظاهر الاحتياج إلى الرضا، لعدم الرضا بخروج المال عن ملكه. ولايحتاج إلى الإجازة على الظاهر، لاستناد التعهّد إليه من أوّل الأمر.

ومنها: أنّه لو كان البيع لنفسه من مال مالكه فالظاهر هوالاحتياج إلى الإجازة وعدم كفاية الرضا الباطنيّ، لأنّ التعهّد الواقع كان على خروج مال الغير ولم يقع التعهّد منه على خروج مال نفسه ودخوله من قِبَله في ملك المشتري، فتأمّل.

فائدة: قد تحصّل من مطاوي ما ذكرناه أنّ الاحتياج إلى الإجازة في باب الفضوليّ من جهة أحد أُمور على سبيل منع الخلوّ:

الأوّل: إيجاد الاستناد بأن يصير البيع الواقع مورداً لتعهّده لا صادراً عنه.

الثاني: تأمين الرضا وطيب النفس الواقعيّ.

الثالث: إصلاح العقد الواقع كما في بيع الغاصب إذا أجازه المالك لنفسه.

(*) قد مرّت الإشارة إلى القائل بالصحّة بشرط الإجازة في صدر المسألة والقائل ◄

المسألة الثانية عشر: لا يعتبر في المجيز أن يكون مالكاً حين العقد*؛ فيجوز أن يكون المالك حين العقد غير المالك حين الإجازة، كما إذا مات المالك حين العقد قبل الإجازة فيصحّ بإجازة الوارث. وأولى بذلك ما إذا كان المالك حين العقد غير جائز التصرّف لمانع ـ من صغر أو سفه أو جنون أو غير ذلك ـ ثمّ ارتفع المانع فإنّه يصحّ بإجازته.

بالبطلان رأساً أيضاً عند التعليق على جملة «وليس باطلاً».

وأمّا القول بالصحّة بدون الاحتياج إلى الإجازة فهو الّذي فهمه المحقّق ﷺ ممّا نقله من كلام الشيخ في المعتبر، وهو الّذي حكاه في المكاسب عن الشهيد في الدروس والصيمريّ، فراجع[1]. وقدعرفت عدم البطلان من رأس. وفي اشتراط الصحّة بالإجازة تفصيل مرّ في التعليق السابق، وهو العالم.

لا يعتبر أن يكون المجيز مالكاً حين العقد ولا جائز التصرّف حينه

(*) وجه توهّم اعتباره أمران:

أحدهما: أنّ البيع الواقع بما هو قابل للاستناد إلى المالك حينه لا يكون مورداً للإجازة بالفرض، وبما هو قابل للاستناد إلى المالك حين الإجازة محكوم بالبطلان، لما تقدّم ممّا دلّ على نفي بيع الّذي لا يملك.

والحاصل: أنّ ما دلّ على البطلان في المسألة المتقدّمة من الأخبار العامّة يدلّ على البطلان في ما لو كان العاقد فضوليّاً والمالك حين العقد غيره وغير المالك حين الإجازة، لأنّه كما أنّ البيع بالنسبة إلى نفس العاقد بيع واقع في غير ملكه كذا بالنسبة إلى المالك حين الإجازة غير المالك حين العقد.

---

(١) المكاسب: ج ٣ ص ٤٣٥ ـ ٤٣٦.

المسألة الثالثة عشر: لو وقعت بيوع متعدّده على مال الغير فإمّا أن تقع على نفس مال الغير أو على عوضه.

▲ بل يمكن التمسّك للبطلان بالأخبار الخاصّةالدالّة على البطلان في المسألةالمتقدّمة، لأنّه إن حكم بالبطلان حتّى مع لحوق الإجازة في صورة كون العاقد والمجيز واحداً بملاك وقوع البيع في غير الملك ففي غير صورة الاتّحاد يحكم بالبطلان بالأولويّة، لأنّ الملاك المشار إليه موجود.

مضافاً إلى أنّ العقد لايكون مستنداً إليه بملاك الصدورعنه بل بملاك صيرورته مورداً لتعهّده بواسطة الاجازة.

لكن قد ظهر عدم دلالة الأخبار على البطلان وعدم الأثر بعد تحقّق الملكيّة للمالك الجديد.

ثانيهما: أنّ الظاهر من مفاد الإجازة هو الكشف، لأنّ مفادها إنفاذ العقد السابق، والمعنى المذكور غيرممكن الوقوع فيالمورد.والحكم بالكشف من زمان ثبوت الملكيّة للمالك الجديد لا ينطبق على مفاد الإجازة.

وفيه أوّلاً: كون الظاهر من مفاده مطلقاً حتّى في المورد المفروض كون المجيز غير المالك العالم بذلك حين الإجازة ممنوع.

وثانياً: نفرض الصحّة في ما لو أجاز العقد من حين التملّك.

وثالثاً: على فرض إجازته من حين الوقوع فلا مانع من عدم صحّتها بالنسبة إلى ظرف عدم التملّك وصحّتهابالنسبةإليه كما فيما لو كانت المنافع فيالإجارة غيرمملوكة.

ورابعاً: لا مانع من الكشف بالمعنى الّذي ذكر من أوّل العقد في بعض موارد المسألة كما في إجازة الكبير العقدَ الواقع حال صغره فيملك المشتري بملكيّة فعليّة متلّقاة من الكبير المملوكَ الماضي كمامرّ بيانه في مفاد الكشف.

وعلى الأوّل فإمّا أن تقع تلك البيوع من فضوليّ واحد* ـ كما إذا باع دار زيد مكرّراً على أشخاص متعدّدة ـ

لو وقعت بيوع متعدّدة على مال الغير فله صور أربع

(*) ليس الملاك في كون ذلك صورة مستقلّة ذات افتراق لباقي الصور في الحكم كون البائع فضوليّاً واحداً كما يتراءىٰ من المتن؛ بل الملاك عدم كون البائع في بيع من البيوع المتعدّدة مشترياً للمبيع سابقاً أو لاحقاً كما يتّضح وجهه.

وحينئذٍ يكون داخلاً فيها ما لو كان البائع لمال الغير أفراداً متعدّدةً فضولةً. ويخرج منها ما لو كان البائع لنفس مال الغير فرداً واحداً مترتّباً، كمن باع دار الآخر من شخص ثمّ اشتراها منه فباعها ثانياً؛ فالملاك في الصورة المشارة إلى بعض أفرادها هو وقوع بيوع متعدّدة مع عدم كون البائع في اللاحق مشترياً للمبيع سابقاً أو لاحقاً.

وحكمها تصحيح كلّ واحد منها بالإجازة وكونها ردّاً من طرف المالك بالنسبة إلى باقي البيوع سابقاً أو لاحقاً، فإنّه في المفروض لا يصحّ واحد من البيوع الواقعة إلّا من جانب شخص واحد وهو المالك الأوّليّ، ومن المعلوم أنّ الشيء الواحد لا يصحّ بيعه لمالكه إلّا مرّة واحدة كما لايخفى؛ فلو بيع دار المالك فضولةً مراراً كان البائع واحداً أو متعدّداً فأجاز أحد البيوع كانت إجازته ردّاً للبيوع الأُخرى.

وهل الإجازة المفروضة بمنزلة الردّ بالنسبة إلى سائر البيوع فهي كقوله: «رددت» أو «أبطلت» فلا يمكن تصحيحه بإجازة المالك الجديد، أو ردٌّ بالنسبة إلى المالك فلايجوز تصحيحه بإجازته ولو تملّك المبيع ثانياً بأحد النواقل، أو يحكم ببطلان سائر البيوع من باب تفويت المحلّ بها لا من باب دلالتها على الردّ الموجب للبطلان المطلق؟ وجوه أقواها الأخير كما لايخفى؛ فحينئذٍ يجوز للمشتري في البيع المجاز إجازة ما شاء من العقود غير المجازة، وله أيضاً إجازته إذا اتّفق له تملّك المبيع ثانياً.

وإمّا أن تقع من أشخاص متعدّدة*، كما إذا باعها من شخص بفرس ثمّ باعها المشتري من شخص آخر بحمار ثمّ باعها المشتري الثاني من شخص آخر بكتاب وهكذا.

(*) يظهر من التعليق السابق ما هو الملاك في الصورة الثانية.

وخلاصتها: وقوع البيع متعدّداً على نفس مال الغير وكون البائع في البيع اللاحق مشترياً للمبيع ولو كان البائع واحداً، بأن باع الفضوليّ دار المالك من نفسه وقَبِل لنفسه ثمّ باعها من غيره.

كما أنّه ظهر أنّه لو لم يكن كذلك لا يدخل في الصورة ولو كان البائع متعدّداً، كما لو بيع دار زيد من قِبَل أشخاص عديدة فضولةً.

وأمّا حكمها فلا إشكال في أنّه يصحّ كلّ واحد من البيوع بإجازة المالك لنفسه؛ فلو بيعت داره بالكتاب فباعها المشتري بالبستان وباعها المشتري الثاني بالدينار فللمالك إجازة كلّ واحد من البيوع لنفسه. وهذا ممّا لا كلام فيه.

وإنّما ينبّه على اُمور:

منها: أنّه قالﷺ في المكاسب فيها: إنّها ملزمة لـه ولما بعده ... بناءً على الكشف، وأمّا بناءً على النقل فيبنى على ما تقدّم من اعتبار ملك المجيز حين العقد وعدمه[1].

أقول: في إطلاق الحكم بلزوم ما بعده بناءً على الكشف نظر، فإنّه لو باع المشتري بدون ترقّب إجازة المالك بل كان ذلك غصباً وكان رضاه بالانتقال من باب كون المبيع للغير فالظاهر هو الاحتياج إلى الإجازة كمامرّ في ذيل المسألة العاشرة.

ومنها: قالﷺ فيها: وهي فسخ بالنسبة إلى ما قبله ... بالنسبة إلى المجيز[2].

أقول: يأتي فيه الوجوه الثلاثة المتقدّمة، وقد تقدّم أنّ الأقرب في النظر في معناه ←

(١ و ٢) المكاسب: ج ٣ ص ٤٦٩.

وعلى الثاني فإمّا أن تكون من شخص واحد على الأعواض والأثمان بالترامي* ـ كما إذا باع دار زيد بثوب ثمّ باع الثوب ببقر ثمّ باع البقر بفراش وهكذا ـ

أن يفوت به محلّ الإجازة، لعدم إمكان أن يصحّ كلا البيعين ويقع للمالك، فحينئذٍ لو اشترى المبيع ثانياً يمكن أن يقال بعدم البأس بإجازة بعض البيوع الواقعة على ماله غير ما أجازه أوّلاً.

ومنها: أنّ المقصود من كونها فسخاً بالنسبة إلى ما قبله أنّها كذلك إذا كانت بعنوان كونها واقعةً لنفسه أو كانت بعنوان كونها واقعةً للبائع ولكن من باب كون المبيع للمالك، بأن أجاز المالك أن يكون المثمن خارجاً عن ملكه ويدخل الثمن في ملك البائع الفضوليّ. وأمّا إذا كانت من باب الرضا بالعقد السابق فيجيز في المثال الفوق بيع الدار بالدينار للمشتري الثاني من باب الرضا بتملّكه الدار باشترائها من البائع الثاني بالبستان فلا يبعد أن تكون إجازةً لخصوص العقد السابق عليه.

(*) الملاك في تلك الصورة ـ وهي الثالثة ـ وقوع كلّ عقد لاحق على عوض العقد السابق لا وقوع جميع العقود على الأعواض. كيف؟! ولم يقع العقد الأوّل في المثال المذكور في المتن على العوض بل وقع على نفس مال الغير، بل لا يعقل وقوع جميع العقود على الأعواض، إذ لابدّ من سبق عقد على المعوّض حتّى يتحقّق عنوان العوض الّذي هو الموضوع في تلك الصورة.

وحكمها على ما في المكاسب: أنّ الإجازة ملزمة للعقود السابقة عليه، سواء وقع على نفس مال المالك أو على عوضه[1].

أقول: أمّا العقود اللاحقة فهي قابلة لإجازة المالك أيضاً، فإنّه ملك العوض

---

(١) المكاسب: ج ٣ ص ٤٧٠.

وإمّا أن تقع على ثمن شخصيّ مراراً* ـ كما إذا باع الثوب في المثال المزبور مراراً على أشخاص متعدّدة ـ فهذه صور أربع.

ثمّ إنّه للمالك في جميع هذه الصور أن يتتبّع البيوع ويجيز أيّ واحد شاء منها ويصحّ بإجازته ذلك العقد المجاز. وأمّا غيره من البيوع فيحتاج إلى شرح وتفصيل لا يناسب هذا المختصر.

بالإجازة؛ فما وقع عليه من العقود موقوف النفوذ على إجازته على الكشف، وأمّا على النقل فهو متوقّف على عدم اشتراط مالكيّة المجيز حين العقد. وما ذكر هو المستفاد منه ﵀ أيضاً.

(*) وهو على قسمين: فإنّه قد يقع البيع مراراً مع وصف كون البائع في اللاحق هو المشتري في السابق، وقد يقع البيوع المتعدّدة بدون الوصف المذكور من فضوليّ واحد أو من أشخاص متعدّدة حسبما مرّ بالنسبة إلى المعوّض.

والحاصل: أنّ ما أُشير إليه في المتن من القسمين في المعوّض جارٍ في العوض أيضاً.

في أنّ صور البسائط خمسة وذكر مثال للمركّب من جميع الصور

فصور البسائط خمس:

الأُولى: أن يكون جميع البيوع واقعاً على نفس مال الغير بدون أن يكون البائع في اللاحق هو المشتري في السابق.

الثانية: أن يكون كذلك بالقيد المذكور.

الثالثة: أن يكون جميع البيوع ما عدا البيع الأوّل واقعاً على العوض وكان المعوّض في البيع اللاحق هو العوض في السابق.

الرابعة: أن يكون كذلك إلّا أنّ البيوع الواقعة على العوض كان جميعها واقعاً على

المسألة الرابعة عشر: الردّ الّذي يكون مانعاً عن تأثير الإجازة كما عرفته سابقاً قد يكون مانعاً عن لحوقها مطلقاً ولو من غير المالك حين العقد، وهو إمّا بالقول كقوله: «فسخت» و«رددت» وشبه ذلك*

↵عوض شخصيّ خاصّ مع كون البائع في اللاحق هو المشتري في السابق.

الخامسة: أن يكون كذلك لكن لا مع الوصف الأخير.

وقد أشرنا إلى حكم الصور الثلاث المتقدّمة.

وأمّا الأخيرتان فهما مشتركتان للثالثة في أنّ إجازة البيع الواقع على العوض إجازة للمعوّض ومشتركتان معاًفي كون إجازة كلّ واحد من البيوع الواقعة على العوض ردّاً لما سبق من الواقع على العوض،وتختلفان في العقود اللاحقة الواقعة على العوض، فإنّه لابدّ من الحكم بردّها في الأخيرة لكن يحكم بلزومها في الرابعة بناءًعلى لزوم البيع على من باع شيئاًثمّ ملك. هذا على النقل. وعلى الكشف كان المشتري للعوض مالكاً حين البيع.

هذا بيان صور البسائط وحكمها بنحو الاختصار.

وأمّا المركّبات فباعتبار التركّب من بعض الصور دون الأُخرى فتكثّر أقسامها؛ لكن لابأس بإيرادمثال ذكره الشيخ الأنصاريّ﵀ مشتمل على جميع الصوربعد إصلاح منّا،وهو أن يباع العبد الّذي هومال الغيربفرس،ويباع من آخر ببقر، ويبيعه مشتري العبد بالفرس بكتاب، ويبيعه مشتري العبد بكتاب بدينار، ويبيع البائع الأوّل الفرس الّذي هو ثمن العبد بدرهم، والدرهم برغيف، والرغيف بعسل، ويبيع أيضاً الفرس من شخص آخر بفراش،وبيع الدرهم من طرف المشتري بالرغيف بحمار،وبيع الدينار بجارية،فإنّه مشتمل على الظاهر على جميع الصور المشار إليها مع زيادة بعض الخصوصيّات، وهو الموفّق.

في ما يتحقّق به الردّ مطلقاً أو في الجملة

(*) لا يخفى أنّ فيها موارد لا تخلو عن الإبهام: ↖

◄ **الأوّل:** أنّ ظهور كلمة «رددت» في إبطال العقد وإلقائه عن قابليّة لحوق الإجازة ولو من غير المالك حين العقد غير معلوم، وهذا بخلاف «فسخت» فإنّه ظاهر في حلّ العقد وإعدامه رأساً.

الثاني: ما ذكره من فوات محلّ الإجازة بالإتلاف عقلاً غير واضح، إذ يتوجّه سؤال الفرق بين الفسخ في العقود المتزلزلة حيث إنّ مقتضاه رجوع الملكيّة من حين الفسخ إلى مالكه الأصليّ ولو بعد التلف والإتلاف، ومقتضاه استحقاق البدل من المثل والقيمة، والإجازةِ في المقام بعد الإتلاف حيث إنّ مقتضاها مالكيّة المجاز له للمتلف، وأثرها استحقاق البدل الواقعيّ من المثل والقيمة واستحقاق المجيز ثمن ماله. هذا على النقل، وأمّا على الكشف فأوضح.

الثالث: أنّه لو كان الإتلاف مفوّتاً لمحلّ الإجازة فلاريب أنّ التلف أيضاً كذلك، إذ لافرق بينهما من تلك الجهة.

الرابع: علىالفرض المذكور لابدّ أن يكون تلف الثمن أو إتلافهمفوّتاً لمحلّ الإجازة.

الخامس: لا شبهة في تحقّق الردّ بالفعل في بعض الموارد من دون أن يكون مفوّتاً لمحلّ الإجازة، كما لو ردّ البائع الثمن الّذي كان عنده من المشتري بقصد الردّ وكان ظاهراً في ذلك ولو بالقرائن الخارجيّة، والمتن لم يتعرّض له.

السادس: يجري في العتق ما أشرنا إليه في الإتلاف من أنّ احتمال تأثير الإجازة في استحقاق البدل لا مدفع له.

السابع: يمكن أن يقال بكشف الإجازة ـ بناءً عليه ـ عن بطلان العتق، لوقوعه في ملك الغير.

الثامن: قد عرفت أنّ كون البيع مانعاً عن الإجازة بالنسبة إلى خصوص المالك غير معلوم، لأنّ احتمال الرجوع إلى البدل بحاله.

التاسع: أنّه على فرض الغضّ عن الاحتمال المذكور في إطلاق ذلك إشكال، إذ بطلان الإجازة بملاك فوت محلّها إنّما هو مادام المال خارجاً عن ملك المالك، وأمّا إذا رجع إليه بالفسخ أو بالانتقال الجديدفالحكم بعدم تأثير الإجازة غيرواضح، بل خالٍ ◄

عن الوجه إذا كان ذلك بملاك فوت محلّها.

العاشر: على فرض الغضّ عن ذلك كلّه ففي البيع الّذي له الخيار وكذا في الهبة إذا لم تكن لازمةً أو لم تصر كذلك إشكال أيضاً، لاحتمال كون الإجازة فسخاً للبيع أو الهبة الجائزة كما لايخفى. هذا.

ويمكن دفع **الأوّل** بأنّه إذا كان الردّ ظاهراً في إلقاء العقد عن قابليّة لحوق الإجازة بالنسبة إلى المالك حين العقد ينفسخ العقد، فإنّ تعهّد الطرف الآخر كان مربوطاً بتعهّد المالك فإذا اُلقي العقد عن قابليّة كونه مورداً لتعهّد المالك لايبقى في البين عقد بصِرف احتمال أن يصير مورداً لإجازة مالك آخر، فتأمّل فإنّه لايخلو عن بحث.

ودفــع **الثـاني** بأنّ عدم تأثير الإجازة بعد الإتلاف لعلّه من باب عدم بقاء ملكيّة المتلف لمالكه، وتأثيرها إنّما هو من باب كون الشيء مالاً له ومملوكاً له حتّى على القول بالكشف، لأنّ الكشف الحقيقيّ بمعنى عدم دخالة رضا المالك وإجازته أصلاً في صحّة البيع وكون الدخيل فيها شيئاً آخر تكون الإجازة كاشفة عنه غير محتمل عند العقلاء فكيف بالعلماء المتبحّرين؛ فجميع محتملات الكشف مشترك في لزوم إجازة المالك ودخالتها، ولاريب أنّ الملاك صدور الإجازة والرضا من المالك، فإنّ تأثيره ودخالته ليس إلّا من باب كونه مالكاً حين حلول الرضا في نفسه وصدور الإجازة منه، ومن المعلوم أنّ كون المجيز مالكاً قبل الإجازة ليس ملاكاً لتأثيرها، فإنّ دخالة الرضا في صحّة البيع ليس إلّا كدخالته في التصرّفات الاُخرى وضعاً وتكليفاً، فكما أنّ طيب نفس من كان مالكاً سابقاً لا يؤثّر في جواز التصرّفات تكليفاً بالفعل كذلك الأمر في الوضعيّات، وبهذا يفترق المبحوث عنه عن الفسخ في العقود الخياريّة، فإنّ المملوك فيها هو العقد، واختيار الفسخ ليس بملاك مالكيّة المال بل بملاك مالكيّة العقد. كيف؟! وقد يشترط ثبوت الخيار للأجنبيّ مع أنّ اختيار الفسخ الّذي يوجب التصرّف في طرفي المعاملة لا يمكن أن يكون بملاك مالكيّة المال.

وأمّا الثالث فيمكن أن يقال: إنّ التالف مملوك للمالك إذا وقع في يد الغير، لأنّ أثره ضمان المال للمالك. نعم، لافرق بين إتلافهأو التلف في يده كما أنّهلافرق في إتلاف

ممّا هو ظاهر فيه، وإمّا بالفعل كما إذا تصرّف فيه بما يوجب فوات محلّ الإجازة عقلاً كالإتلاف أو شرعاً كالعتق. وقد يكون مانعاً عن لحوقها بالنسبة إلى خصوص المالك حين العقد لا مطلقاً، كالتصرّف الناقل للعين كالبيع والهبة ونحوهما، حيث إنّه بذلك لا يفوت محلّ الإجازة إلّا بالنسبة إلى المنتقل عنه، وأمّا المنتقل إليه فله أن يجيز بناءً على اعتبار كون المجيز مالكاً حين العقد كما مرّ.

وأمّا الإجارة فالظاهر أنّه لاتكون مانعةً عن الإجازة* مطلقاً حتّى بالنسبة إلى المالك الموجر، لعدم التنافي بين الإجارة والإجازة، غاية الأمر أنّه تنتقل العين بعد الإجازة إلى المشترى مسلوبة المنفعة.

↲ الغير أو التلف في يده إذا كان ضمانيّاً.

وأمّا الرابع فقد ظهر ممّا دفعنا به الثاني وجه الفرق، فإنّه لو كان الملاك في بطلان الإجازة فوات محلّها لكان ما ذكر حقّاً، وأمّا لو كان ذلك بملاك عدم مملوكيّة المال للمالك فلا. فإنّ المبيع الّذي هو ملك للمجيز موجود ومن آثاره تأثير اجازته في صحّة البيع.

وممّا ذكر في دفع الثاني يظهر دفع السادس والسابع والثامن فلاحظ وتأمّل.

عدم مانعيّة الإجارة عن الإجازة

(*) **هذا واضح على النقل**. وأمّا على مسلك الكشف فقد يقال: إنّها تكشف عن بطلان الإجارة فلابدّ إمّا أن يقال به أو ببطلان الإجازة، فإنّ صحّتهما على نحو تكون الإجازة كاشفةً ممّا لا يجتمعان. ↖

المسألة الخامسة عشر: حيثما لم تتحقّق الإجازة من المالك ـ سواء تحقّق منه الردّ أم لا ـ كالمتردّد، له انتزاع عين ماله مع بقائه ممّن وجده في يده، بل وله الرجوع بمنافعه المستوفاة في هذه المدّة*،

↲ ويحتمل بناءً عليه أن يقال بصحّتهما وانتقال العين إلى المشتري مسلوبة المنفعة مع استحقاق المشتري بدل ما استوجر بدفع أُجرة المثل إليه.

ولكنّ الظاهر أنّه بناءً على ما سلكناه من أنّ الإجازة موجبة لأن يتملّك المشتري فعلاً المملوكَ السابق لا مانع من صحّة الإجارة حين وقوعها ولا تكشف الإجازة عن عدم مالكيّة المالك حين الإجارة فلا تنافي بينهما.

وأمّا استحقاق أُجرة المثل فغير صحيح بعد ما لم يكن مالكيّة المشتري فعلاً للمملوك السابق مقتضيةً لتملّك المنفعة الّتي خرجت عن تبعيّة العين وصارت مستقلّةً بالإيجار، وليس هذا إلّا نظير البيع بعد الإجارة. فكما أنّ مالكيّة المشتري فعلاً للمملوك الواقع في المستقبل لاتقتضي أن يتملّك المنافع الخارجة عن تبعيّة العين بالإجارة كذلك في المقام الّذي هو نظيره.

حكم المالك مع البائع الفضوليّ إذا لم يجز وكذا حكمه مع المشتري وحكم المشتري مع البائع، وضمان المنافع المستوفاة

(*) لا إشكال نصّاً وفتوى في ضمان المنافع المستوفاة بالنسبة إلى المغصوب.

ويدلّ عليه ـ مضافاً إلى قوله: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي»[1] وقوله ﷺ: «لايحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلّا بطيبة نفسه»[2] وبناء العقلاء الثابت في العين ↰

---

(١) عوالي اللآلئ: ج ١ ص ٢٢٤ ح ١٠٦.

(٢) الكافي: ج ٧ ص ٢٧٣ ح ١٢ من باب القتل من كتاب الديات.

↲أيضاً ـ صحيح أبي ولّاد[١] وماورد في شراء الجارية المسروقة من ضمان قيمة الولد وعوض اللبن بل عوض كلّ ما انتفع[٢].

وأمّا بالنسبة إلى المقبوض بالعقد الفاسد الّذي هو خارج عن مورد الكلام في المقام فالضمان هو المشهور ونسب الخلاف إلى الوسيلة محتجّاً بأنّ «الخراج بالضمان»[٣] كما في النبويّ[٤]، بناءً على أن يكون المقصود أنّ الخراج في قبال قبول التضمين من المالك ولو كان فاسداً.

ضمان المنافع غير المستوفاة خلافاً لما يتراءىٰ من المتن

وأمّا غيرالمستوفاة منها فظاهرهم بل صريحالمحكيّ عن التذكرة والسرائر الإجماع على ضمانها في المغصوب:

ففي المحكيّ عن الأُولى أنّ منافع الأموال من العبد والثياب والعقار وغيرهامضمونة بالتفويت والفوات تحت اليد العادية، فلو غصب عبداً أو جاريةً أو عقاراً أو حيواناً مملوكاً ضمن منافعه ـ سواء أتلفها بأن استعملها، أو فاتت تحت يده بأن بقيت مدّة في يده لا يستعملها ـ عند علمائنا أجمع[٥].

والمحكيّ عن الثاني في آخر باب الإجارة الاتّفاق على ضمان منافع المغصوب الفائتة[٦].

والخلاف المعتنى به إنّما هو في غير المستوفاة منها بالنسبة إلى المقبوض بالعقد ↰

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ١١٩ ح ١ من ب ١٧ من أبواب كتاب الإجارة.

(٢) راجع وسائل الشيعة: ج ٢١ ص ٢٠٣، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٣) سنن ابن ماجه: كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان، ح ٢٢٤٣.

(٤) راجع المكاسب: ج ٣ ص ٢٠١.

(٥) حكاه في المكاسب: ج ٣ ص ٢٠٧ عن التذكرة: ج ١٩ ص ٢١٦.

(٦) حكاه في المكاسب: ج ٣ ص ٢٠٧ عن السرائر: ج ٢ ص ٤٧٩.

الفاسد، والأقوال فيها خمسة كما ذكره الشيخ المؤسّس في المكاسب[١] في باب المقبوض بالعقد الفاسد. قال: والمشهور فيها أيضاً الضمان[٢]. والمقصود أنّ التقييد بالمستوفاة في المورد الّذي ليس المال مقبوضاً بالعقد الفاسد الصادر من المالك بل هو من أفراد المغصوب حقيقة لعلّه خلاف الإجماع.

قال في الشرائع: فوائد المغصوب مضمونة بالغصب ـ إلى أن قال: ـ أعياناً كانت كاللبن والشعر والولد والثمر أو منافع كسكنى الدار وركوب الدابّة[٣].

قال في الجواهر: بل الإجماع بقسميه عليه، بل وعلى عدم الفرق أيضاً في المنافع بين الفوات والتفويت[٤].

ولاريب أنّ المأخوذبالعقد الصادر من الفضوليّ ليس إلّا مغصوباً وليس من مصاديق المأخوذبالعقد الفاسد، فإنّ موضوعه ما إذا تحقّق العقد الفاسد من المالك لا من الأجنبيّ كما هو واضح.

إذا عرفت ذلك فنقول ـ ومنه التوفيق ـ يدلّ على الضمان ـ مضافاً إلى الإجماع المتقدّم ـ بعض ما تقدّم من الدليل على ضمان العين، كحديث اليد، وقاعدة الاحترام المستفادة من بعض الأخبار المشار إليها[٥]، وبناء العقلاء، وقاعدة الإتلاف المستفادة من الأخبار الواردة في المقامات المختلفة بالنسبة إلى غير المستوفاة المتلفة بالاختيار.

وما يمكن أن يكون مانعاً عنه أُمور:

الأوّل: خبر محمّد بن قيس المتقدّم[٦] الحاكم في بيع الفضوليّ بأخذ الوليدة وولدها ولم يتعرّض للمنافع غير المستوفاة.

وفيه: أنّ الظاهر أنّه ليس بصدد بيان ضمان المنافع من المستوفاة وغيرها، بل ليس إلّا في مقام بيان أنّ الحكم بالنسبةإلى العين هو جواز الأخذ،وله أن يأخذ الولد

---

(١) ج ٣ ص ٢٠٦ـ ٢٠٧.
(٢) المكاسب: ج ٣ ص ٢٠٤.
(٣) شرائع الإسلام: ج ٣ـ ٤ ص ٧٧٠.
(٤) جواهر الكلام: ج ٣٨ ص ٢٥٤.
(٥) في ص ٩٧.
(٦) في ص ١٤٧.

أيضاً من باب كونه رهناً على قيمته أو من جهة كون حضانته على الأُمّ. وأمّا المنافع فليست هي مشكلة الطرفين، بل العويصة إنّما هي حكم الوليدة وولدها. كيف؟! ولو دلّ على عدم ضمان المنافع غير المستوفاة دلّ على عدم ضمان المستوفاة منها، لعدم التعرّض للمنافع رأساً.

الثاني: خبر جميل المتقدّم[1] الوارد في الجارية المسروقة المستولدة الحاكم بأنّه يأخذ الجارية صاحبها ويأخذ المشتري ولده بالقيمة.

بيان الاستدلال على مامرّ في الخبر الأوّل.

والجواب عنه قريب منه.

ولعلّ عدم التعرّض للمنافع في الخبرين من جهة عدم كونها مورداً لنظر الطرفين بعد أن تحمّل نفقتها من استفاد من منافعها، فلعلّ النفع الخالص المنظور بعد ملاحظة النفقة لم يكن إلّا الولد في عصر صدور الخبرين، وهو العالم.

الثالث: خبر زرارة، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: رجل اشترى جاريةً من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولاداً، ثمّ أتاها من يزعم أنّها له وأقام على ذلك البيّنة. قال: «يقبض ولده ويدفع إليه الجارية ويعوّضه في قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها»[2].

الرابع: خبره الآخر عن أبي جعفر عليه السلام، قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثمّ يجيء الرجل فيقيم البيّنة على أنّها جاريته لم تُبَع ولم توهب، فقال: «يردّ إليه جاريته ويعوّضه بما انتفع». قال: كان معناه قيمة الولد[3].

ويمكن الجواب عن الأوّل من الأخيرين بأنّ الظاهر أنّه ليس في مقام بيان جميع ما يضمن من المنافع، لأنّه لم يذكر ما يضمنه من قيمة الولد ولم يذكر ما استمتع منها مع أنّه أعظم نفعاً من الخدمة واللبن، بل هو في مقام بيان المنطوق وأنّ اللبن مضمون،

(١) في ص ٩٦.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٢١ ص ٢٠٤ ح ٤ من ب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٣) وسائل الشيعة: ج ٢١ ص ٢٠٤ ح ٢ من ب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

فلا يتوهّم أنّه من حقوق الولد على اُمّه كما أنّه لعلّه موافق لارتكاز العرف. والخدمة أيضاً مضمونة مع أنّها ليست من الفوائد العينيّة.

ويمكن أن يقال: إنّ قوله عليه السلام: «ما أصاب» ليس ظاهراً في ما انتفع، بل يحتمل أن يكون المقصود به ما وقع تحت يده وتسلّطه، فإنّه يصدق على من قبض العين أنّه أصابه ولو لم يصرفه في حوائجه.

وعن الثاني بأنّه يوهن ظهوره في مطلق ما انتفع بما عقّبه الراوي من التفسير، فلعلّ الكلام كان مكتنفاً بما هو قرينة على ما فسّره، وحينئذٍ لايكون بصدد بيان جميع ما يضمن من المنافع، بل هو مثل بعض ما تقدّم يكون في مقام حلّ مشكلة الولد.

لكنّه غير واضح.

ويمكن أن يقال: إنّ المقصود هو الولد بتقريب آخر: وهو أنّ النفع منصرف إلى الفائدة الخالصة وهي ليست في العرف إلّا الولد، فإنّ الانتفاعات الاُخرى من الخدمة والاستمتاع متداركة بالنفقة والكسوة والسكنى فلا يبقى للمشتري إلّا الولد فهو النفع الخالص.

ويمكن أن يقال: إنّ ما ينتفع بـه هو جميع المنافع الّتي لها اُجـرة نوعاً، فإنّه ينتفع بالجارية نوعاً بقدر ما يتيسّر الانتفاع بها. والتعبير المذكور لعلّه للتأكيد والتحريض على أداء العوض.

الخامس: صحيح أبي ولّاد، وفيه: فقال: «أرى له عليك مثل كراء بغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل، ومثل كراء بغل راكباً من النيل إلى بغداد، ومثل كراء بغل من بغداد إلى الكوفة توفيه إيّاه ...»(١).

ويوضح دلالتـه على ضمان خصوص المستوفاة ما في صدره من إعطائه خمسة عشر درهماً بدل كون البغل تحت يده في خمسة عشر يوماً، فكان في ارتكازه إعطاء العوض في قبال جميع منافعه من المستوفاة وغيرها والإمام عليه السلام قد ردع عمّا كان في ارتكازه بما نقلناه.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ١١٩ ح ١ من ب ١٧ من أبواب كتاب الإجارة.

وله مطالبة البائع الفضوليّ بردّ العين ومنافعها*

◄ **لكنّ الإنصاف**: عدم دلالته على المطلوب، فإنّ ما ذكره عليه السلام ينطبق على جميع أُجرته في مثل تلك القضيّة الخارجيّة، فإنّ البغل الّذي يركب إلى النيل ومنها إلى بغداد يحتاج إلى الاستراحة أيّاماً حتّى يستعدّ ثانياً للركوب مع أنّه من المعلوم أنّ أبي ولّاد كان مستعجلاً في سيره، لأنّه لم يكن يريد السفر الطويل، بل كان مستعدّاً للسفر إلى قصر بني هبيرة، فما ذكره أُجرة للجميع من المنافع القابلة للاستيجار.

ويمكن أن يكون المقصود أنّه أُجرة مثل كري البغل في مدّة خمسة عشر يوماً ذاهباً من الكوفة إلى النيل بأن يكون عقد واحد متعلّقاً بالمنافع المتعدّدة على حسب التفصيل المذكور في المدّة المعلومة لا ملاحظة كلّ واحد من الأُجرات مستقلّة غير مربوطة إحداها بالأُخرى. والسرّ في الإضراب عن التقدير باليوم بالتقدير بما ذكره عليه السلام لعلّه واضح، إذ ليس التقدير باليوم محضاً ملاكاً للقيمة، فإنّ استيجار البغل لمدّة خمسة عشر يوماً لمسافة قصيرة أو لعمل خفيف يختلف مع استيجاره للمسافة البعيدة، وربما يختلف الذهاب والإياب أيضاً فربما كان كراء البغل من الكوفة إلى بغداد أزيد من العكس، وذلك لكثرة المركوب في بغداد وقلّته في الكوفة مثلاً. ولعلّه لذا قال عليه السلام: «ذاهباً من الكوفة إلى النيل» وكذا بالنسبة إلى ما بعده، فراجع وتأمّل.

فتحصّل أنّ القول بضمان المنافع غير المستوفاة خصوصاً في المتلفة منها قويّ جدّاً بحسب الدليل؛ إلّا أنّه لا ينبغي ترك الاحتياط بالمصالحة. ووجهه إمكان تماميّة دلالة بعض ما تقدّم وإن لم يكن له ظهور معتدّ به كما عرفت، وهو العالم.

وجوب ردّ العين والمنافع على البائع وإن كانت في يد المشتري

(*) **قال** رحمه الله في الجواهر بعد قول المصنّف رحمه الله «وللمالك الرجوع على أيّهما شاء»: في المطالبة بالعين أو بدلها ومنافعها وصفاتها حتّى المتجدّد فـي يد المشتري منها، لأنّ ◄

إذا كانت في يده وقد سلّمها إلى المشتري، بل لو كانت مؤونة لردّها كانت عليه*.

↵كلّاً منهما مصداق «على اليد ما أخذت» و«المغصوب مردود» وغير ذلك من الأدلّة كتاباً وسنّةً وإجماعاً بقسميه[١].

أقول: قد تقدّم الكلام[٢] في حديث «على اليد» وحديث «لأنّ الغصب كلّه مردود». وإن شكّ في ظهور مثل الحديثين وشموله لما خرج عن يد الغاصب ودخل في يد الغير فلاريب أنّ مقتضى الاستصحاب: جواز الرجوع إليه.

مؤونة الردّ على البائع، والإشكال في ذلك بوجوه، وتوجيهه أخيراً

(*) مقتضى إطلاق العبارة: كون مؤونة الردّ على البائع ولو كان في يد المشتري وردّه بنفسه إلى المالك.

مع أنّه مشكل من وجوه:

منها: أنّه لو لم يكن ترك الردّ موجباً للضرر على المالك بأن كان حمله إلى المكان الّذي هو فيه ميسوراً له بدون استلزام مؤونة له فمقتضى قاعدة نفي الضرر: عدم وجوب الردّ عليه فلا يجب عليه تحمّل مؤونة الردّ من باب المقدّمة.

ومنها: أنّه لو فرض كون ترك الردّ ضرراً على المالك ولكن كان ضرر تحمّل مؤونة الردّ أكثر فالظاهر عدم وجوب الردّ أيضاً كما بيّنّاه في التعليق على المكاسب.

ومنها: أنّه لو كان تحمّل المؤونة مستنداً إلى فعل المالك كما لو كان المالك حين تسلّط الفضوليّ عليه في محلّ المغصوب فارتحل عنه إلى مكان فالحكم بتحمّل المؤونة مشكل أيضاً في هذه الصورة، لأنّ النقص المذكور حصل بفعله لا بفعل الغاصب وإن ↖

---

(١) جواهر الكلام: ج ٣٨ ص ٢٦٨ ـ ٢٦٩.

(٢) في ص ٩١ ـ ٩٢.

كان ذلك حين كونه في يده، وهو الّذي أشار إليه السيّد الطباطبائيّ في تعليقه[١].

ومنها: على فرض الغضّ عمّا أُشير إليه وجوب الردّ على البائع عند رجوع المالك إلى المشتري الّذي مرجعه إلى صرف النظر عنه وعدم المطالبة بما يستحقّه عليه من إيجاب الردّ عليه غير معلوم، لأنّه ليس إلّا حقّاً للمالك، والمالك أعرض عنه واختار المشتري لذلك على المفروض فكيف يجب عليه؟!

ومنها: أنّه على فرض الغضّ عن جميع ما ذكرفوجوب الردّ كفائيّ ووجوب مقدّمته أيضاً كفائيّ، فمقتضى القاعدة: كون المؤونة عليهما بنحو الواجب الكفائيّ، فإذا تحمّل واحد منهما سقط عن الآخر، ويجوز أن يتحمّل أحدهما بعضَها والآخر البعضَ الآخر. هذا.

ويمكن توجيه ما فيالمتن بأنّ صفة كون المال في حيطة سلطنة المالك من الصفات المضمونة، والّذي أخرجها عنها وأتلف الصفة المذكورة هو الغاصب الأوّل الّذي في المقام هو البائع، فهو ضامن لها لإتلافها بيده، ولم يكن حين صيرورة المال تحت يد المشتري واجداً للصفة المذكورة حتّى يضمنه. نعم، يجب الردّ عليه بمقتضى حديث اليد، لكن وجوب الردّ غير ضمان الصفة المقتضية للزوم إعادتها وتحمّل مؤونتها وإن استلزم الضرر، فإنّ الضمان حكم مجعول في مورد الضرر فلا يجري فيه حديث الضرر، والصفة المضمونة هي كون العين في دائرة سلطنة المالك، وهي قد فاتت حتّى في مورد كان المالك حين الغصب في بلد الغصب. نعم، ضمانها حين كونه فيه لم يكن مستلزماً للمؤونة وصار بعد خروج المالك من البلد المذكور مستلزماً لها، وهذا غير دخيل في ما هو مفاد حديث اليد من ضمان جميع الأُمور المناسبة بحسب متفاهم العرف كمامرّ بيانه في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد. والمسألة بعد محتاجة إلى التأمّل، وهو الموفّق.

---

(١) حاشية كتاب المكاسب للفقيه اليزديّ: ج ١ ص ٤٦٤، التعليقة ٧١٥.

هذا مع بقاء العين، وأمّا مع تلفها يرجع ببدلها إلى من تلفت عنده*.

ولو تعاقبت أيدي متعدّدة عليها ـ بأن كانت مثلاً بيد البائع الفضوليّ وسلّمها إلى المشتري وهو إلى آخر وتلفت عنده ـ يتخيّر المالك** في الرجوع بالبدل إلى أيّ واحد منهم.

رجوع المالك بالبدل على من تلف عنده المال، والإيراد على إطلاق كلام المتن

(*) بل إلى من جرت يده على المال كما هو الظاهر ويظهر ممّا ذكره ﷺ في تعاقب الأيادي؛ لكن استقرار الضمان يكون على من تلف في يده المال بمعنى أنّ المالك لو رجع إلى غير من تلف في يده يرجع هو على من تلف المال في يده على ما ذكروه في باب الغصب وسيجيء في المتن إن شاء الله تعالى.

تخيير المالك في الرجوع على الأيادي المتعاقبة

(**) الدليل عليه مركّب من أمرين:

أحدهما: مامرّ في التعليق على قوله: «بردّ العين»[1] من أنّ مقتضى إطلاق بعض أدلّة الضمان الّتي منها حديث اليد وحديث «لأنّ الغصب كلّه مردود»: عدم الاختصاص بصورة كون المال بيد الغاصب، بل يكفي حدوث الغصب وجري اليد العادية على المال في الضمان إلى أن تؤدّي المال أو بدله، ولعلّه واضح.

ثانيهما: أنّه إذا فرض تعاقب الأيادي ـ كماهو المفروض ـ وحكم بأنّ جميع الأيادي متساوٍ في الضمان بمقتضى الأمر الأوّل فلاريب أنّ ضمان كلّ واحد منها ليس بنحو الاستيعاب والتعيّن بحيث يجب على كلّ واحد من الغاصبين أداء البدل، وهو أيضاً واضح. ↖

---

(١) في ص ٢١٥.

وله الرجوع إلى الكلّ موزّعاً عليهم(١)* بالتساوي أو بالتفاوت،

ووجهه أمور:

منها: أنّ المال الواحد ليس له إلّا بدل واحد بضرورة الشرع والعقل والعقلاء.

ومنها: أنّ اشتغال ذمّة كلّ واحدمن الغاصبين للقيمةأو المثل ليس إلّا بعنوان التدارك، وبعد أداء أحد منهم لايبقى العنوان المذكور، لأنّ التدارك قد حصل.

ومنها: أنّه لايجب على كلّ واحد بالنسبة إلى البدل إلّا ما وجب عليهم بالنسبة إلى العين، فإنّه مقتضى البدليّة. هذا.

ولكن يمكن أن يقال: إنّ ما ذكر لا يقتضي إلّا وجوب أداء البدل عليهم بنحو الواجب الكفائيّ الّذي ليس صِرف الوجوب التكليفيّ المحض ولا يقتضي تخيير المالك الّذي لازمه التعيّن بتعيينه بحيث لو أقبض البدل أحدهم كان له ترك القبض منه والقبض من الآخر. وهذا الكلام بعينه جارٍ في نفس العين، فما ذكروه من التخيير غير واضح.

ويمكن أن يجاب بأنّ الوجوب الكفائيّ المتضمّن للوضع الّذي لا معنى له في المقام إلّا أنّ للمالك حقّ الرجوع عليهم منفرداً أو مجتمعاً بالتفاوت أو بالتساوي، ومقتضى كون وجوبه وجوباً حقّيّاً: أنّ للمالك إسقاط حقّه عن البعض ومطالبة الآخر بحقّه، وهذا عين التخيير، وهو العالم.

(*) لأنّ احتمال كون مورد حقّه هو مجموع البدل بنحو الارتباط مدفوعٌ بعدم تقوّم عنوان البدل الواجب عليهم بذلك، فإنّه لو تلف مقدار منّين من الحنطة فتدارك أحدهما بمنّ منها والآخر بمنّ آخر منها فقد تدارك المال؛ مع أنّه لو فرض كون مورد حقّه البدل بنحو الارتباط والعموم المجموعيّ له إلقاء التقيّد، لأنّ المفروض أنّ له الحقّ ولكلّ ذي حقّ إسقاط حقّه.

---

(١) كان المتن في الوسيلة هكذا: «وليس له الرجوع...» والتعليقة لايناسبه بل يناسب ما أتى به الأُستاذ‌ﷺ: وله الرجوع....

فإن رجع إلى واحد سقط عن الباقين* وليس له الرجوع إليهم بعد ذلك.

هذا حكم المالك مع البائع الفضوليّ والمشتري وكلّ من صارت عين ماله بيده.

وأمّا حكم المشتري مع البائع الفضوليّ فمع علمه بكونه غير مالك ليس له الرجوع إليه بشيء ممّا يرجع المالك إليه**.

وجه أنّ الرجوع إلى أحد من الغاصبين مسقط لحقّ الرجوع على الباقين والإيراد عليه

(*) مقتضى إطلاق المتن: أنّ صِرف الرجوع إلى واحد منهم موجب للسقوط عن الباقين، ولو امتنع المرجوع إليه عن الأداء فليس له الرجوع إلى الباقين فيذهب حقّه سدىً.

ووجهه: أنّ الرجوع إلى واحد منهم إسقاط لحقّه على الباقين.

ولكنّ الإنصاف: أنّ ظهوره في الإسقاط محلّ تأمّل وإشكال، فإنّه ليس ظاهراً إلّا أنّه في مقام الأخذ بحقّه ولو من باب كون المرجوع إليه أحد من عليه الحقّ.

ولو سلّم الظهور المذكور فلا يستقيم الإطلاق أيضاً، فإنّه لو علم أنّ الرجوع كان مقروناً بالعزم على عدم إسقاط حقّه بصِرف الرجوع عن الباقين أو كان بانياً على إسقاطه عنهم على تقدير أخذ البدل ممّن رجع إليه بنحو الشرط المتأخّر فلا وجه للسقوط عن الباقين بمحض الرجوع.

لا يرجع المشتري العالم بالغصبيّة إلى البائع في ما يرجع المالك إليه

(**) من بدل العين مثلاً أو قيمةً والمنافع الّتي تلفت بالاستيفاء أو بغير الاستيفاء على ما عرفت في التعليق الأوّل على المسألة، لعدم الدليل على الرجوع إليه في الصورة المفروضة.

وما وردت من الخسارات عليه* حتّى أنّه إذا دفع الثمن إلى البائع وتلف عنده ليس له أن يرجع إليه**.

↲ لكن لابدّ من تقييد ما ذكر بـ«ما إذا تلف المال في يد المشتري»، وهو غير مفروض في كلامهﷺ، فإطلاقه مخدوش، لأنّه إذا عادت العين لجهة من الجهات إلى يد البائع وتلفت عنده فمقتضى ما ذكروه من استقرار الضمان على من تلف المال في يده: رجوع المشتري إلى البائع لو رجع المالك إليه.وإن لم تتلف عنده ورجع المالك إلى المشتري في بدل المنافع الّتي تلفت حين كونها بيد البائع فله أن يرجع إلى البائع في ذلك كما لا يخفى.

لا يرجع إلى البائع أيضاً في الخسارات الواردة عليه

(*) **كالنفقة وما صرفه في العمارة وما تلف منه أوضاع من الغرس والحفر**، كلّ ذلك لعدم الدليل على أنّه له الرجوع إلى البائع في صورة علمه بالغصبيّة.

وجه أنّه ليس له الرجوع إلى بدل الثمن

(**) **قال الشيخ المؤسّس الأنصاريّ فيه**: وأمّا لو كان تالفاً فالمعروف عدم رجوع المشتري، بل المحكيّ عن العلّامة وولده والمحقّق والشهيد الثانيين وغيرهم الاتّفاق عليه. ووجهه ـ كما صرّح به بعضهم كالحلّيّ والعلّامة وغيرهما ويظهر من آخرين أيضاً ـ أنّه سلّطه على ماله بلا عوض[1].

أقول: الظاهر أنّ الوجه المذكور ملاك الحكم عند من يرى التفصيل بمعنى استحقاق الرجوع إلى البائع عند وجود العين وعدم استحقاقه عند التلف كما هو خيرة عدّة من الأصحاب على ما حكىﷺ في الجواهر عن التذكرة والمختلف والقواعد ونهاية الإحكام والإيضاح وشرح الإرشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والروضة ↰

---

(١) المكاسب: ج ٣ ص ٤٨٥.

والمسالك والكفاية[١].

وأمّا على القول بعدم استحقاقه للرجوع على البائع مطلقاً كما هو مقتضى إطلاق عدّة منهم فلايكون ما ذكر من الوجه وجهاً لما في الجواهر عن التذكرة: «قال علماؤنا: ليس للمشتري الرجوع على الغاصب وأطلقوا القول في ذلك»، بل عن الإيضاح أنّه نسب عدم الرجوع مع بقاء العين فضلاً عن تلف العين تارةً إلى قول الأصحاب وأُخرى إلى نصّهم[٢]، لأنّه لو كان الوجه منحصراً في التسليط المجّانيّ المشار إليه لم يكن يقتضي ذلك عدم جواز الرجوع مع بقاء العين؛ بل لعلّ الوجه فيه أمر آخر وهو حصول الملكيّة للبائع، فإنّه قصد المشتري تمليكه حقيقة في قبال إحراز مال الغير غصباً، ومقتضى تسلّط الناس على أموالهم حصولها شرعاً، لعدم المانع بالنسبة إلى الثمن المدفوع إلى البائع.

والحاصل: أنّ وجه عدم الضمان على تقدير التلف أمران:

أحدهما: انتقال الثمن إلى البائع الغاصب شرعاً، لما ذكر. ومقتضاه: عدم جواز الرجوع عليه مع بقاء المال أيضاً، فإنّه ليس داخلاً في الهبة غير المعوّضة حتّى يجوز الرجوع إليه بمقتضى أدلّتها.

ثانيهما: ما أشار إليه نقلاً عن عدّة من الأصحاب من حصول التسليط على ماله بلا عوض. وهذا الوجه لا يقتضي إلّا عدم الرجوع عليه بالبدل عند التلف.

في الإيراد عليه

لكن يردّ **الأوّل** ما تقدّم[٣] من أنّ القاعدة المستفادة من الموارد المختلفة المحكومة بكونها سحتاً ومن قوله الدالّ على حرمة ثمن الحرام[٤] هو حرمة عوض الحرام مطلقاً. والحرمة في الأموال ظاهرة في عدم كونه ملكاً لصاحبه وباقياً على ملك صاحبه الأوّل،

---

(١) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٤٩١ ـ ٤٩٢.
(٢) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٤٩٠.
(٣) في ص ١٦٧ ـ ١٦٨.
(٤) راجع عوالي اللآلئ: ج ٢ ص ٣٢٨ ح ٣٣.

﴿إذ لولا ذلك لم يكن حراماً. وادّعاء انصراف مثل ما أُشير إليه من الحديث عن الحرمة من جهة الغصب غير مسموع، ولولا ذلك لم يصحّ بيع الغاصب لنفسه أن يقع للمالك بإجازته، لدخول الثمن في ملك البائع قبل صدور الإجازة من المالك.

مع إمكان أن يجاب أيضاً بأنّ مقتضى المبادلة هو وقوع الانفساخ بالنسبة إلى الثمن أو الانفساخ بالنسبةإلى المثمن بأن أخذمن المشتري عيناً أو بدلاً،فإنّ المبادلة المتوهّمة صحّتها ولو بالنسبة إلى الثمن هو تملّك البائع له في قبال كون المال بيد المشتري غصباً وعدم مطالبة بدله منه، فإذا لم يسلّم له المعوّض المغصوب ينفسخ المبادلة، لأنّ ذلك مقتضى حقيقة المبادلة.

ومنه يظهر وجه ثالث في المسألة وهو التفصيل بين صورة رجوع المالك على المشتري فيرجع على البائع عينا أو بدلاً وصورةِ عدم رجوعه عليه، لبقاء المبادلة الّتي أحد طرفيها خالٍ عن موانع الصحّة بحالها.

ومنه يظهر وجه آخر للجواب للإيراد الواردفي مسألة بيع الغاصب لنفسه وتصحيحه بالإجازة للمالك، فإنّ الإجازة فسخ للمعاوضة السابقة وإجازة إصلاحيّة بالنسبة إلى المالك، فتأمّل.

ويردّ الثاني أنّ مقتضى حديث اليد هو الضمان، والخارج عنه موارد الاستيمان.

وقياس المورد عليه قياس مع الفارق، لوجهين:

أحدهما: أنّ التسليط في المقام بإزاء مال الغير فلايكون بلا عوض محض فلم يقصد كون المال بيده مجّاناً وبلا عوض.

ثانيهما: أن يجوز جعل اليد عليه عرفاً وشرعاً بخلاف المقام على ما عرفت من أنّه تعالى إذا حرّم شيئاً حرّم ثمنه على ما في الحديث(١).

وممّا ذكرنا ظهر أنّ الأرجح بحسب الدليل هو القول بجواز رجوع المشتري إلى ﴾

(١) عوالي اللآلئ: ج ٢ ص ٣٢٨ ح ٣٣.

نعم، له أن يستردّه لو كان باقياً*.

↵البائع الغاصب عيناً أو بدلاً، رجع إليه المالك أم لا. وهو الّذي حكى في الجواهر عن المصنّف المحقّق في بعض تعليقاته(١). وإن منع عنه فالأرجح هو التفصيل بين صورة رجوع المالك على المشتري فله الرجوع إلى البائع مطلقاً عيناً أو بدلاً وعدم رجوعه عليه فليس له الرجوع كذلك، وهو العالم.

وممّا ذكر يظهر ضعف ما في المتن وإن كان مطابقاً للمشهور في الجملة.

ثمّ على فرض عدم الضمان في صورة العلم لمكان التسليط فإطلاقه مورد للإشكال، للزوم استثناء موارد منه:

منها: ما إذا كان إعطاء الثمن للبائع بعنوان الإيصال إلى المالك والاستجازة منه ولم يجز المالك فتلف بعده، لأنّه ليس حينئذٍ أمانة عنده.

ومنها: ما إذا أخذ الثمن بدون إذن المشتري بل أخذه مبنيّاً على العقد الواقع بينهما إذا كان المشتري كارهاً حين الأخذ.

ومنها: ما إذا شرط المشتري على البائع الرجوع عليه بالثمن إذا أُخذت منه العين.

ومنها: ما إذا رجع عن إذنه وتسليطه قبل التلف في يده. وقد أُشير إلى بعض ذلك في الجواهر(٢) والمكاسب(٣)، وهو المستعان.

له حقّ الرجوع بالعين على البائع

(*) قد مرّ في التعليق السابق ما يوضح ذلك. وخلاصته عدم حصول الانتقال إلى البائع.

وظهر وجه آخر فيه. وخلاصته جواز الاسترداد إذا رجع عليه المالك وعدم جوازه في غيره. ↖

---

(١) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٤٩١. (٢) ج ٢٣ ص ٤٩٤. (٣) ج ٣ ص ٤٩٢.

وأمّا مع جهله فله أن يرجع بكلّ ما اغترم للمالك*

↲ وقد مرّ أنّ التفصيل بين الصورتين هو خيرة عدّة من الأصحاب، فراجع[١].

في بيان حكم صورة الجهل

(*) **أقول**: حيث إنّ أكثر الفروع المتعلّقة بصورة جهل المشتري مبنيّة على قاعدة الغرور فاللازم هو الإشارة إلى مدرك القاعدة ولو بنحو الإجمال لكي يتّضح الحال بعون الله المتعال.

الشروع في الإشارة إلى مدارك قاعدة الغرور

وقد استدلّ لها بأُمور:

الأوّل: النبوىّ المحكيّ عن المحقّق الثاني في حاشية الإرشاد مرسلاً عن النبيّ صلى الله عليه وآله: «المغرور يرجع إلى من غرّه».

الثاني: قاعدة الإتلاف بالتسبيب المستفادة من الأخبار الواردة في الموارد المختلفة الّتي منها:

ماورد في ضمان شاهد الزور لما تلف من المال:

ففي الوسائل في الصحيح عن جميل عن أبي عبدالله عليه السلام في شاهد الزور، قال: «إن كان الشيء قائماً بعينه ردّ على صاحبه، وإن لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل»[٢].

رواه فيها عن المشايخ الثلاثة.

وقريب منه حسن جميل بإبراهيم عنه عليه السلام[٣]، رواه عن الكلينيّ والشيخ رحمهما الله. ↖

---

(١) في ص ٢٢١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٢٧ ص ٣٢٧ ح ٢ من ب ١١ من أبواب كتاب الشهادات.

(٣) وسائل الشيعة: ج ٢٧ ص ٣٢٨ ح ٣ من ب ١١ من أبواب كتاب الشهادات.

وغيرذلك من الأخبار الواردة في تلف المال بواسطةشهادةالزور،فراجع الباب المشار إليه[١] وما قبله[٢].

ولايخفى أنّ في قوله عليه السلام: «ما أتلف من مال الرجل» نوع إشعارٍ أو ظهورٍ في بيان ملاك الحكم، خصوصاً بمناسبة الحكم والموضوع المرتكزة عند العرف في المورد.

وفي الحسن بإبراهيم عن إبراهيم بن عبدالحميد عن أبي عبدالله عليه السلام في شاهدين شهدا على امرأة بأنّ زوجها طلّقها، فتزوّجت، ثمّ جاء زوجها فأنكر الطلاق، قال: «يضربان الحدّ، ويضمنان الصداق للزوج، ثمّ تعتدّ، ثمّ ترجع إلى زوجها الأوّل»[٣].

وفي الحسن عنه عن أبي بصير عنه عليه السلام في امرأة شهدعندها شاهدان بأنّ زوجها مات، فتزوّجت ثمّ جاء زوجها الأوّل، قال: «لها المهر بما استحلّ من فرجها الأخير، ويضرب الشاهدان الحدّ، ويضمنان المهر لها عن الرجل، ثمّ تعتدّ، وترجع إلى زوجها الأوّل»[٤].

وغير ذلك ممّا يدلّ على ضمان الشاهد للمهر بواسطة الشهادة على حصول البينونة فراجع الباب المشار إليه[٥]

وماورد من ضمان الدية في الشهادة على السرقة:

ففي حسن محمّد بن قيس بإبراهيم عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «قضى أميرالمؤمنين عليه السلام في رجل شهد عليه رجلان بأنّه سرق، فقطع يده، حتّى إذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر، فقالا: هذا السارق، وليس الّذي قطعت يده، إنّما شبّهنا ذلك بهذا، فقضي عليهما أن غرّمهما نصف الدية، ولم يجز شهادتهما على الآخر»[٦].

(١) وسائل الشيعة: ج ٢٧ ص ٣٢٧، الباب ١١ من أبواب كتاب الشهادات.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٢٧ ص ٣٢٦، الباب ١٠ من أبواب كتاب الشهادات.

(٣) وسائل الشيعة: ج ٢٧ ص ٣٣٠ ح ١ من ب ١٣ من كتاب الشهادات.

(٤) وسائل الشيعة: ج ٢٧ ص ٣٣٠ ح ٢ من ب ١٣ من كتاب الشهادات.

(٥) وسائل الشيعة: ج ٢٧ ص ٣٣٠، الباب ١٣ من أبواب كتاب الشهادات.

(٦) وسائل الشيعة: ج ٢٧ ص ٣٣٢ ح ١ من ب ١٤ من أبواب كتاب الشهادات.

والمقصود غرامة كلّ منهما لنصف الدية كما هو واضح بمناسبة الحكم والموضوع ومصرّح به في باقي أخبار الباب[١].

والإيراد على الاستدلال بالأخبار المذكورة بأنّها في صدد الحكم بضمان شاهد الزور من باب إتلاف مال الرجل كما أُشير إليه في الصحيح المتقدّم[٢]، لاضمان ما ضمن بالتلف أو الإتلاف كما في مورد الغرور الّذي يكون المغرور ضامناً للمالك، والمقصود إثبات ضمان الغاصب لما يغرمه المغرور للمالك كما أُشير إليه في تعليق الطباطبائيّ[٣].

مدفوعٌ أوّلاً بأنّ المستفاد منها كفاية التسبيب للإتلاف ولو بتوسيط الحكم الشرعيّ الظاهريّ. والإتلاف الحاصل في المقام بواسطة ظاهر اليد والبيع المحكوم بالصحّة ليس من جهة تلف العين بل من جهة اغترام المشتري للمالك، فالكبرى المستفادة منها بعد إلقاء الخصوصيّة ـ كما هو المفروض ـ هو أنّ التسبيب للإتلاف ولو بالنحو المحقّق في شاهد الزور موجب للضمان، وهي في مورده منطبق على إتلاف مال المشهود عليه وفي المقيس الّذي هو المبحوث عنه منطبق على اغترام المشتري للمالك.

وثانياً بأنّ الإشكال المذكور غير متوهّم بالنسبة إلى حسني إبراهيم بن عبدالحميد[٤]، فإنّ موردهما الحكم بضمان ما يضمنه الرجل للمرأة من الصداق فمورده نظير المقام فافهم وتأمّل.

وفي الصحيح عن جميل عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثمّ يجيء مستحقّ الجارية، قال: «يأخذ الجارية المستحقّ ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد الّتي أُخذت منه»[٥].

---

(١) راجع وسائل الشيعة: ج ٢٧ ص ٣٣٢، الباب ١٤ من أبواب كتاب الشهادات.

(٢) في ص ٢٢٥.

(٣) حاشية الفقيه اليزديّ على المكاسب: ج ٢ ص ٢٩٨، التعليقة ٤٢٨.

(٤) المتقدّمين في ص ٢٢٦.

(٥) وسائل الشيعة: ج ٢١ ص ٢٠٥ ح ٥ من ب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

ولايخفى أنّه لو لم يدلّ على القاعدة فدلالته في بعض موارد البحث صريحة كما نشير إليه إن شاء الله تعالى.

وفي صحيح الحلبيّ عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن البرصاء، فقال: «قضى أميرالمؤمنين عليه السلام في امرأة زوّجها وليّها وهي برصاء أنّ لها المهر بما استحلّ من فرجها، وأنّ المهرعلى الّذي زوّجها، وإنّما صارعليه المهر لأنّه دلّسها، ولو أنّ رجلاً تزوّج امرأة وزوّجه إيّاها رجل لايعرف دخيلةأمرها لميكن عليهشيء،وكان المهر يأخذه منها»[1].

ويدلّ عليه غيره، فراجع الباب المشار إليه[2].

ولايخفى أنّ التعليل وافٍ بقاعدة الغرور، والمستفاد من ذيله دخالةالعلم في الضمان، ولعلّه من جهة عدم صدق التدليس بدون علم المدلّس بذلك، ولعلّه من جهة عدم استناد الإضرار إليه في صورة الجهل وعلم الزوجة؛ بخلاف صورة علم الوليّ والزوجة، فإنّ الإتلاف مستند إليه من باب أنّه زوّجها. والزوجة وإن كانت عالمةً بمرضها إلّا أنّها سكتت ولم توجد المانع، فالضرر مستند إلى المقتضي مع علم من يوجده، وإلى من لا يمنع عنه مع علمه وجهل من بيده المقتضي.

ويستدلّ أيضاً بخبر إسماعيل بن جابر، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل نظر إلى امرأة فأعجبته فسأل عنها فقيل: هي ابنة فلان، فأتى أباها فقال: زوّجني ابنتك، فزوّجه غيرها فولدت منه فعلم بها بعد أنّها غير ابنته، وأنّها أمة، قال: «تردّ الوليدة على مواليها، والولد للرجل، وعلى الّذي زوّجه قيمة ثمن الولد يعطيه موالي الوليدة كما غرّ الرجل وخدعه»[3].

ويمكن أن يستدلّ أيضاً بخبر السرّاج عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل توجد عنده

(١) وسائل الشيعة: ج ٢١ ص ٢١٢ ح ٢ من ب ٢ من أبواب العيوب والتدليس.

(٢) راجع وسائل الشيعة: ج ٢١ ص ٢١١، الباب ٢ من أبواب العيوب والتدليس.

(٣) وسائل الشيعة: ج ٢١ ص ٢٢٠ ح ١ من ب ٧ من أبواب العيوب والتدليس.

السرقة، فقال: «هو غارم إذا لم يأت على بائعها شهوداً»(١).

فإنّ مفهومه صريح في كون الغرامة على البائع مطلقاً أو في الجملة إذا قامت الشهود.

إذا عرفت مدرك قاعدة الغرور بنحو الإجمال فنقول: هنا فروع:

عدم إشكال في رجوع المشتري الجاهل إلى الثمن عيناً أو بدلاً

الأوّل: لا ينبغي الإشكال في أنّ للمشتري الجاهل الرجوع إلى الثمن عيناً أو بدلاً كما دلّ عليه في الجملة صحيح جميل المتقدّم(٢)، وهو الّذي تقتضيه القاعدة، لعدم توهّم الانتقال إليه كما يتوهّم في صورة العلم وعدم كون التسليط إلّا من باب كون الثمن ملكاً للبائع.

رجوع المشتري الجاهل في ما اغترمه للمالك بدون أن يحصل له نفع في قباله

الثاني: أنّه لاينبغي الإشكال أيضاً في الجملة في الرجوع إلى البائع بالنسبة إلى ما اغترمه للمالك بدون أن يحصل له نفع في قباله:

ففي المكاسب:أنّ المعروف من مذهب الأصحاب ـ كما في الرياض وعن الكفاية ـ : رجوع المشتري الجاهل بهاعلى البائع،بل في كلام بعض ـ تبعاًللمحكيّ عن فخرالإسلام في شرح الإرشاد ـ دعوى الإجماع على الرجوع بما لم يحصل في مقابله نفع. وفي السرائر أنّه يرجع قولاً واحداً ـ إلى أن قال: ـ وبالجملة، فالظاهر عدم الخلاف في المسألة(٣).

وقال في الجواهر: وظاهرهم عدم الخلاف فيه معلّلين بالغرور(٤).

والدليل عليه في صورة علم البائع اُمور:

(١) وسائل الشيعة: ج ٢٥ ص ٣٩٢، الباب ٩ من كتاب الغصب.

(٢) في ص ٢٢٧.

(٣) المكاسب: ج ٣ ص ٤٩٣ ـ ٤٩٤.

(٤) جواهر الكلام: ج ٣٨ ص ٢٧٤.

منها: قاعدة الغرور.

ومنها: قاعدة التسبيب.

ومنها: خصوص صحيح جميل المتقدّم[١] الحاكم بالرجوع على البائع في القيمة الّتي أُخذت منه للولد.

لكن قد أورد عليه صاحب الجواهر‌ لو لم يتمّ إجماع في المسألة[٢].

وخلاصة إشكاله‌ أمران:

أحدهما: النقض بالمقبوض بالعقد الفاسد إذا كان البائع عالماً بالفساد، فإنّ المشهور هو ضمان المنافع غير المستوفاة مع أنّ البائع المالك هو الغارّ فاللازم عدم الضمان.

ثانيهما: أنّه لا غرور في البين بعد إقدامه على ضمان المنافع على تقدير الفساد.

وأورد عليه أيضاً صاحب الحدائق‌.

وخلاصة ما حكي عنه[٣] في وجهه أنّ سكوت بعض الأخبار الحاكم باغترام المشتري للمالك عن الرجوع على البائع دليل على أنّه ليس له الرجوع عليه، كخبري زرارة المتقدّمين[٤] وخبر زريق، قال: كنت عند أبي عبدالله‌ يوماً إذ دخل عليه رجلان ـ إلى أن قال: ـ فقال أحدهما: إنّه كان عليّ مال لرجل من بني عمّار، وله بذلك ذكر حقّ وشهود، فأخذ المال ولم أسترجع منه الذكر بالحقّ، ولا كتبت عليه كتاباً، ولا أخذت منه براءةً، وذلك لأنّي وثقت به وقلت له: مزّق الذكر بالحقّ الّذي عندك، فمات وتهاون بذلك ولم يمزّقها، وعقب هذا أن طالبني ورّاثه وحاكموني وأخرجوا بذلك الذكر بالحقّ، وأقاموا العدول فشهدوا عند الحاكم فأُخذت بالمال، وكان المال كثيراً فتواريت من الحاكم فباع عليّ قاضي الكوفة معيشة لي وقبض القوم المال، وهذا رجل من إخواننا ابتلى بشراء معيشتي من القاضي. ثمّ إنّ ورثة الميّت أقرّوا أنّ المال كان أبوهم قد قبضه

---

(١) في ص ٢٢٧.

(٢) جواهر الكلام: ج ٣٨ ص ٢٧٤.

(٣) الحاكي هو المامقانيّ الكبير في تعليقته على المكاسب: ص ٤٠٣ عن الحدائق: ج ١٨ ص ٣٩٤.

(٤) في ص ٢١٣.

«وقد سألوه أن يردّ عليّ معيشتي ويعطونه في أنجم معلومة، فقال: إنّي أُحبّ أن تسأل أبا عبدالله عليه السلام عن هذا، فقال الرجل ـ يعني المشتري ـ: جعلني الله فداك كيف أصنع؟ فقال: «تصنع أن ترجع بمالك على الورثة وتردّ المعيشة إلى صاحبها، وتخرج يدك عنها» قال: فإذا أنا فعلت ذلك له أن يطالبني بغير هذا؟ قال: «نعم، له أن يأخذ منك ما أخذت من الغلّة ثمن الثمار، وكلّ ما كان مرسوماً في المعيشة يوم اشتريتها يجب أن تردّ ذلك إلّا ما كان من زرع زرعته أنت، فإنّ للزارع إمّا قيمة الزرع، وإمّا أن يصبر عليك إلى وقت حصاد الزرع، فإن لم يفعل كان ذلك له وردّ عليك القيمة، وكان الزرع له». قلت: جعلت فداك فإن كان هذا قد أحدث فيها بناءً وغرس؟ قال: «له قيمة ذلك أو يكون ذلك المحدث بعينه يقلعه ويأخذه». قلت: أرأيت إن كان فيها غرس أو بناء فقلع الغرس وهدم البناء؟ فقال: «يردّ ذلك إلى ما كان أو يغرم القيمة لصاحب الأرض، فإذا ردّ جميع ما أخذ من غلّاتها إلى صاحبها وردّ البناء والغرس وكلّ محدث إلى ما كان أوردّ القيمة كذلك يجب على صاحب الأرض أن يردّ عليه كلّ ما خرج عنه في إصلاح المعيشة من قيمة غرس أو بناء أو نفقة في مصلحة المعيشة، ودفع النوائب عنها، كلّ ذلك فهو مردود إليه»(١).

أقول ويمكن الجواب عن الأوّل بالالتزام بعدم الضمان إذا كان البائع عالماً بالفساد والمشتري جاهلاً به.

مع أنّه يمكن إبداء الفرق بين المقامين، بأن يقال بعدم شمول قاعدتي الغرور والإتلاف بالتسبيب لمورد النقض أي المقبوض بالعقد الفاسد، فإنّه يلزم من شمولهما له عدمه، لأنّ صدق الغرور والإتلاف متوقّف على الضمان، ومع عدم الضمان لا غرور ولا إتلاف، بخلاف مورد البحث، فإنّ المشتري حيث يكون ضامناً للمالك على كلّ حال فهو مغرور في ذلك، وقد تلف ما اغترمه للمالك، وبعد حكم القاعدتين بجواز الرجوع يصدق العنوانان كما هو واضح، فلا يلزم من شمولهما له عدمه، فتأمّل. »

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٤٠، الباب ٣ من أبواب عقد البيع وشروطه.

وعن الثاني بمنع إقدامه على الضمان على فرض الفساد، فإنّ الغالب عدم توجّهه إلى فساد المعاملة بعد ثبوت اليد الدالّة على الملكيّة بحسب ارتكاز العقلاء.

وعلى فرض احتمال الفساد واقعاً لا يحتمل نوعاً كشف الفساد، والفساد الواقعيّ المقرون بقيام الحجّة على الصحّة غير موجب للاغترام حتّى يصدق الإقدام الموجب لعدم صدق الغرور.

وعلى فرض احتمال كشف الفساد ففي الغالب لايكون أذهان الخواصّ متوجّهةً إلى ضمان المنافع غير المستوفاة فكيف بغيرهم الجاهلين للمسائل الضروريّة.

مع أنّك قد عرفت أنّ ضمان المنافع غير المستوفاة على فرض كون البائع عالماً غير معلوم، فمع التوجّه لم يقدم على ضمانها بالنسبة إلى العالم بالفساد، فالغرور متحقّق ولو بنفس قاعدة الغرور النافية للضمان بالنسبة إلى البائع العالم بالفساد، فتأمّل.

وعن الثالث بوضوح أنّ مورد السؤال في الروايات المتقدّمة هو ما يقتضي أن يعمل عليه المشتري والمالك، فإنّ صدور الحكم منه عليه السلام بالنسبة إلى البائع المفروض التغافل عنه في مورد السؤال والحكم على الغائب غير لازم بحسب طريق المحاورة. مع أنّ الحكم في القضايا الخارجيّة لابدّ أن يكون منزّلاً على الغالب، والغالب في مورد الروايات المتقدّمة عدم التمكّن من الرجوع إلى البائع وأخذ الغرامة عنه كما هو واضح لمن تدبّر وتأمّل.

وكيف كان، فالظاهر أنّ الحكم بجواز الرجوع إلى البائع في المبحوث عنه خالٍ عن الإشكال، وهو العالم بحقيقة الحال.

هذا بالنسبة إلى صورة علم البائع.

وأمّا في فرض جهله بالحال فيكفي في الحكم بجواز الرجوع إطلاق صحيح جميل المتقدّم[1] والأخبار الواردة في شاهد الزور بعد إلقاء خصوصيّة المورد.

---

(١) في ص ٢٢٧.

في ما اغترمه من غير تأديته للمالك

الثالث: ظاهرهم دعوى الإجماع أيضاً على أنّ له الرجوع إلى البائع في ما اغترمه من غير تأديته للمالك، كالنفقة الّتي صرفها للملك والغرس الّذي غرسه ثمّ ضاع وتلف مطلقاً، سواء كان البائع عالماً أو جاهلاً، وسواء كان الغرم المذكور من اللوازم العرفيّة المترتّبة على اشترائه الشيء المغصوب كنفقة الدابّة ـ مثلاً ـ أم لا بل كان من اللوازم الاتّفاقيّة،كأن غرس بعض الأشجارغيرالمتعارف غرسهفيمثل الأرضالمشتراة ثمّ تلف أو غرس بعض المتعارف منها الّذي يبقى في الغالب ويكون تلفه نادراً لكن تلف اتّفاقاً.

ولكن هذا بإطلاقه مشكل، لأنّ القدر المسلّم من تلك الصورة ما إذا كان البائع عالماً بالغصبيّة وكانت الغرامة المذكورة من اللوازم المترتّبة عليه ولو عرفاً، كنفقة الدابّة أو إكساء العبد. وأمّا إذا لم يكن كذلك بأن لم تكن الغرامة الواردة منها كالمثال الّذي ذكر فصدق الغرور والإتلاف وإلقاء الخصوصيّة من الأخبار المتقدّمة مشكل بل ممنوع، ولذا حكى المامقانيّ الكبير‌‌ في تعليقه الشريف عن فقيه عصره في شرح القواعد التفصيل بين ما لو كان ما اغترمه المشتري من لوازم تلك المعاملة مثل ما يصرف في استكتاب الأوراق عند شراء العقار والأراضي وما يصرف في عمارة الدار المفتقرة إليها لحاجة السكنى الّتي لاتنقضي إلّا بها ومثل أُجرة الدلّال في جملة من المعاملات المتوقّفة عليها وبين ما لو لم يكن من لوازمها كالضيافة والوليمة في الدار عند شرائها برجوع المشتري إلى البائع في الأوّل دون الثاني[1].

قال الحاكي‌:ومال إليه بعض من تأخّرمدّعياً إمكان تنزيل إطلاقاتهم على ذلك[2].

بل في ما اغترمه بنفسه من دون أن يكون بغير اختياره كالأمثلة الّتي تقدّمت في كلامنا وما نقلناه عن الفقيه كاشف الغطاء‌ ولو كان من اللوازم المترتّبة على الشراء إذا كان البائع جاهلاً إشكال، لمنع صدق الغرور واستناد الإتلاف إليه؛ فإكساء العبد

(١ و ٢) تعليقة المامقانيّ الكبير‌ على المكاسب: ص ٤٠٣.

المغصوب الّذي هو من اللوازم العرفيّة بالنسبة إلى غير مقدار الستر اللازم وكذا شراء السرج وآلات الركوب للدابّة مستند إلى نفسه بالمباشرة.

والاستناد إلى البائع مع العلم مسلّم مستفاد ممّا تقدّم من الأدلّة.

وأمّا الاستناد إليه مع كونه مشتركاً مع المشتري في الجهل في غاية الإشكال.

ولا يمكن إلقاء الخصوصيّة عن صحيح جميل المتقدّم[١] الوارد في صورة إجبار المشتري على الاغترام من باب الحكم الشرعيّ بوجوب التغريم الّذي يجبر عليه القاضي بالنسبة إلى المورد المفروض كونه باختياره لكنّه من اللوازم العرفيّة.

وممّا ذكرنا يظهر أنّه يمكن إلقاء الخصوصيّة بالنسبة إلى الغرامات الواردة عليه بالإجبار كالخراج المعمول الّذي يأخذه السلطان من صاحب الأرض المشتراة مثلاً، ولايكون الضمان منحصراً بصورة الاغترام للمالك. وهو العالم.

في ما اغترمه في قبال النفع الواصل إليه

الرابع: ما غرمه المشتري فيمقابل النفع الواصل إليه من المنافع والنماء ففي الرجوع بهاخلاف على ما فيمكاسب المؤسّس الأنصاريّ ﷺ لكنّهاختار الرجوع وفاقاً للمحكيّ عن المبسوط والمحقّق والعلّامة والشهيدين والمحقّق الثاني وغيرهم. وعن التنقيح أنّ عليه الفتوى[٢].

أقول: مقتضى ما تقدّم في الصور المذكورة الراجعة إلى ما اغترمه المشتري من غير أن يحصل له نفع: عدم وضوح ما حكموا به من جواز الرجوع في غير الغرامات الّتي تكون من اللوازم العرفيّة، بل لايكون الحكم بجوازه فيها واضحاً في ما ليس محكوماً أو ملجأً إلى الإتلاف بل يتلف المال باختياره إذاكان البائع جاهلاً بالغصبيّة؛ فما يستفاد من الأدلّة المتقدّمة ما يكون من اللوازم العرفيّة ويكون المشتري محكوماً أو ملجأً بالإتلاف والتغريم،سواء كان البائع عالماً أو جاهلاً،وذلك لإطلاق مثل صحيح جميل

(١) في ص ٢٢٧.

(٢) المكاسب: ج ٣ ص ٤٩٨ ـ ٤٩٩.

وماورد في شاهد الزور الشامل لصورةالجهل،بل بعض ماتقدّمصريح في ادّعاء الجهل كما في حسن محمّد بن قيس المتقدّم[١].

وما يكون من اللوازم العرفيّة وكان البائع عالماً فإنّ مقتضى قاعدتي الإتلاف والغرور أيضاً هو الضمان ولو لم يكن مجبوراً في ما ارتكبه من الغرامة، فإنّه لجهله وعلم السبب يدخل في موردقاعدة التسبيب في الإتلاف المستفاد من الأخبار المتقدّمة ويصدق عليه الغرور عرفاً.

هذا محصّل ما وصل إليه النظر بالنسبة إلى الصور المتقدّمة الراجعة إلى ما كانت الغرامة بدون حصول النفع، والصورة المبحوث عنها مشتركة معها في ما أُشكل فيه من حيث جواز الرجوع.

إنّما الإشكال في ما قيل فيه بجوازه وهو ما كانت الغرامة من اللوازم العرفيّة بشرط كونه مجبوراً في التغريم أو بشرط كون البائع عالماً.

والّذي يبحث عنه أنّ حيثيّة وصول النفع إلى المشتري في قبال ما اغترمه هل يكون مانعاً عن صدق الغرور والضرر أم لا؟ الظاهر هو الثاني، فإنّ من يشتري المال بقصد الانتفاع به من غير أن يعوّض عنه، فإنّه لم يستاجر العين حتّى يكون قاصداً لدفع الأُجرة بدلاً عن المنافع.

والحاصل: أنّ صدق الضرر والغرامة على من اشترى داراً مثلاً وسكنهاسنين متعدّدة بتخيّل أنّها داره ثمّ ظهر أنّها غصبٌ فاغترم للمالك أُجرة السنين الّتي ربما تزيد على قيمة الدار واضح لدى العرف. والحاصل: أنّ المسألة من الجهة المبحوث عنها المختصّة بها لعلّها واضحة، وله الحمد.

في ما اغترمه للمالك من البدل

الخامس: إذا تلفت العين المغصوبة في يد المشتري فرجع المالك إليه وأخذ بدلها

(١) في ص ٢٢٦.

منه وكان ما غرمه في قبال العين مساوياً للثمن أو أنقص فلا إشكال في عدم رجوعه إلى البائع، لأنّه غير مغرور بالنسبة إلى المقدار المذكور، والمفروض أنّ قرار الضمان عليه لولا الغرور لتلفه عنده، وظاهرهم التسالم على هذا.

وأمّا إذا كان البدل المأخوذ أزيد من الثمن الّذي قلنا بأنّ له الرجوع إلى البائع بلا إشكال فقد قوّى في المسالك على ما في الجواهر أنّ له الرجوع إليه(١) وتبعه الشيخ المؤسّس الأنصاريّ (ره)(٢)، وذلك لقاعدة الغرور الّتي مرّ مدركها.

أقول: قد ظهر ممّا ذكرناه في الصور السابقة أنّ هذا واضح في ما إذا كان تلفها من اللوازم العرفيّة كالمأكولات وما يشترى لصرفه في المصارف المتعارفة كالوقود والنفط.

وأمّا إذا لم يكن كذلك كالدار المصونة عن التلف بحسب النوع إلى أن يرتفع عنه خطر رجوع المالك إليه فتلفت بسبب غير مترقّب كزلزلة أو سيل فصدق الغرور مطلقاً مشكل جدّاً، وإلقاء الخصوصيّة من الأخبار المتقدّمة غير واضح.

ثمّ إنّ إطلاق المتن حتّى مع غضّ النظر عن التفصيل الّذي مرّ وجهه مورد للمناقشة، فإنّ مقتضاه رجوع المشتري إلى البائع في جميع ما اغترمه بدلاً عن العين حتّى بالنسبة إلى المقدار المساوي للثمن مع أنّ عدم صدق الغرور عليه واضح ولم ينقل الخلاف في ذلك عن أحد.

إنّما الإشكال في الزائدعلى مقدار الثمن،من جهة أنّ وقوعه في الغرامة بذاك المقدار إنّما جاء من عدم إعلام البائع بفساد البيع، فإنّه لو كان عالماً بذلك لم يكن مقدماً على البيع وأداء الثمن إلى البائع. وإقدامه على الضمان بهذا المقدار إنّما هو على تقدير الصحّة لا مطلقاً. هذا.

ولكن لا يساعده كلام الأصحاب كما أشرنا إليه فراجع وتأمّل.

ويمكن أن يقال بصدق الغرور حتّى بالنسبة إلى المقدار المساوي للثمن.

---

(١) جواهر الكلام: ج ٣٨ ص ٢٧٠.

(٢) المكاسب: ج ٣ ص ٥٠٢.

لو رجع إليه* حتّى في ما إذا اغترم له بدل المنافع والنماءات الّتي استوفاها؛ فإذا اشترى داراً مع جهله بكون البائع غير مالك وأنّها مستحقّة للغير وسكنها مدّة ثمّ جاء المالك وأخذ داره وأخذ منه أُجرة مثل الدار في تلك المدّة له أن يرجع بها إلى البائع. وكذا يرجع إليه بكلّ خسارة وردت عليه، مثل إنفاق الدابّة وما صرفه في العمارة وما تلف منه وضاع من الغرس** أو الزرع أو الحفر وغيرها، فإنّ البائع غير المالك ضامن لدرك جميع ذلك وللمشتري الجاهل أن يرجع بها إليه.

في ما يستفاد من المتن من الشرط في الرجوع إلى البائع رجوع المشتري إليه

(*) ظاهر المتن أنّ نفس ضمان المشتري بالتلف درك العين للمالك لايكفي في جواز الرجوع إلى البائع، بل الملاك لجواز الرجوع أمران بعد الضمان:

أحدهما: رجوع المالك إليه، فلو اغترم بدون مطالبة المالك ورجوعه إلى المشتري فلا يستحقّ الرجوع إلى البائع.

ثانيهما: الاغترام له، فلو رجع المالك ولكن لم يغترم خارجاً للمالك ليس له الرجوع إليه.

يمكن أن يقال: إنّ الاغترام للمالك كافٍ في جواز الرجوع إلى البائع، لصدق الغرور حينئذٍ. وعدم المطالبة لا يسقط الدين حتّى لا يصدق على أدائه الغرور والوقوع في الخطر. وصِرف عدم الفوريّة لا يوجب عدم صدق الوقوع في الخطر. نعم، لا يصدق الوقوع فيه بصِرف اشتغال ذمّته للمالك. والله العالم.

التعليق على قوله: وما تلف منه وضاع...

(**) وتقريب صدق الغرور عليه مامرّ في التعليق السابق على السابق من أنّ ←

المسألة السادسة عشر: لو أحدث المشتري لمال الغير في ما اشتراه بناءً أو غرساً أو زرعاً فللمالك إلزامه بإزالة ما أحدثه وتسوية الأرض ومطالبته بأرش النقص* لو كان،

↲ووقوعه في الضرر المذكور إنّما نشأ من كذب البائع وعدم إعلامه بفساد المعاملة.

وإقدامه على مثل المذكورات لو فرض صدق البائع في دعوى الصحّة لا ينافي صدق الغرور؛ لكن لا يخفى أنّ الجمع بين القول بعدم جواز الرجوع إلى البائع في ما يساوي الثمن من جهة عدم صدق الغرور بملاك أنّه لو فرض صدق البائع في ما تظاهر به من صحّة المعاملة لكان مقدماً على الضمان بالمقدار المساوي للثمن والقول بجواز الرجوع في مثل الفرع المبحوث عنه لا يخلو عن شبه التهافت. فإنّ الظاهر أنّ الملاك واحد.

(*) بلا خلاف ولا إشكال في الأحكام الثلاثة: من حقّ إزالة ما أحدثه المشتري، وتسوية الأرض، ومطالبته بأرش النقص على ما في الجواهر بالنسبة إلى الغاصب[1].

والمشتري غاصب بلا إشكال إذا كان عالماً. وأمّا إذا كان جاهلاً فهو كالعالم عندهم في أحكام الغصب على ما صرّح به في المحكيّ عن المسالك من «أنّ الأظهر إطلاقه على ما يقتضي الإثم وغيره، والأغلب الأوّل»[2]. ويشمله بعض تعريفاتهم له من أنّه «الاستيلاء على مال الغير بغير حقّ» كما عن المسالك[3]، و«الاستيلاء على حقّ الغير بغير حقّ» وهو الّذي اختاره في الجواهر[4] تعريفاً للغصب. ↖

---

(١) راجع جواهر الكلام: ج ٣٨ ص ٣٠٧، المسألة السابعة.

(٢) حكاه في جواهر الكلام: ج ٣٨ ص ٨.

(٣) حكاه في جواهر الكلام: ج ٣٨ ص ١٣ عن المسالك.

(٤) ج ٣٨ ص ١٣.

◄ لو أحدث المشتري بناءً أو غرساً في ما اشتراه فللمالك حقّ إزالة ما أحدثه

ويدلّ على الأوّل موثّق محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في رجل اكترى داراً وفيها بستان، فزرع في البستان، وغرس نخلاً وأشجاراً وفواكه وغير ذلك، ولم يستأمر صاحب الدار في ذلك، فقال: «عليه الكراء، ويقوّم صاحب الدار الزرع والغرس قيمة عدل، ويعطيه الغارس إن كان استأمره في ذلك، وإن لم يكن استأمره في ذلك فعليه الكراء، وله الزرع والغرس، ويقلعه ويذهب به حيث شاء»(١).

هذا على ما في الوسائل عن الشيخ والكليني، ولكن في الوافي(٢): إنّ ذلك مطابق للفقيه والتهذيب. وفي الكافي(٣) بعد قوله «فيعطيه الغارس»: «وإن كان استأمر فعليه الكراء وله الغرس والزرع ...».

ولا يخفى أنّ الترجيح للأوّل، لتعاضد التهذيب بالفقيه وبالعكس، ولأنّ الحكم بالقلع في صورة الاستيمار لا يطابق الأُصول والقواعد. والحمل على أنّ المقصود أنّ له القلع في تلك الصورة بخلاف صورة عدم الاستيمار، فإنّه للمالك مع أداء القيمة مخالف للمشهور وموافق لما حكي عن الإسكافيّ؛ بل لا يوافقه أيضاً، لأنّ المحكيّ عنه أنّ «لصاحب الأرض أن يردّ ما خسره الزارع ويملك الزرع»(٤)، وهو غير أداء القيمة العادلة كما هو صريح الموثّق.

إن قلت: ما في التهذيب والفقيه لا ينطبق على القواعد، من جهة أنّه على فرض الاستيمار لا يتعيّن بحسب القاعدة أن يأخذ قيمة زرعه وغرسه، بل له القلع وله أن يبقيهما على ملكه ويعطي الكراء للمالك حيث وقع بإذنه. ◄

---

(١) وسائل الشيعة: ج ٢٥ ص ٣٨٧ ح ٢ من ب ٢ من أبواب كتاب الغصب.

(٢) ج ١٨ ص ١٠٧٦.

(٣) ج ٥ ص ٢٩٧ ح ٢ من باب من زرع في غير أرضه أو غرس.

(٤) حكاه في الجواهر: ج ٣٨ ص ٣٠٧ ـ ٣٠٨.

↲ قلت: القلع خصوصاً في الزرع مساوق لإفنائه، فهو مفروض العدم عرفاً. وما في الرواية أصلح بحال الطرفين وأبعد عن التنازع والخصومة ولايكون صريحاً في أنّه الطريق الوحيد، فتأمّل.

ولاريب أنّ إطلاقه يشمل صورة جهل المستأجر بعدم رضا صاحب البستان وتخيّله أنّه راضٍ بذلك، فالملاك عدم استحقاق التصرّف واقعاً.

وخبر عبدالعزيز، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عمّن أخذ أرضاً بغير حقّها وبنى فيها، قال: «يرفع بناؤه، وتسلّم التربة إلى صاحبها، ليس لعرق ظالم حقّ». ثمّ قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من أخذ أرضاً بغير حقّ كلّف أن يحمل ترابها إلى المحشر»[١].

ولايخفى أيضاً عموم الصدر للجاهل، وليس الذيل قرينة على كون المفروض هو العلم والتعمّد،فإنّ تخصيص الذيل بمخصّص عقليّ لايوجب رفع اليدعن الصدر، فتأمّل.

للمالك إلزامه بتسوية الأرض

ويدلّ على الثاني ـ وهو وجوب التسوية وطمّ الحفر ـ حديث اليد[٢] المشهور، فإنّه قد مرّ[٣] أنّ الظاهر منه جعل جميع الأحكام المناسبة عرفاً للتسلّط على مال الغير بغير حقّ، ولاريب أنّ من ذلك ما حصل في الأرض من الحفر الموجب لحدوث النقص فيها بفعل من استولى عليها بغير حقّ، ولايخفى أنّه حيث يمكن تسوية الأرض وردّها إلى الحالةالأُولى فالحكم المناسب هو وجوب ذلك عليه،لا ضمان أرش التفاوت، فالوصف الفائت مثليّ أو بحكمه فلا يرجع إلى القيمة.

ويمكن الاستدلال له أيضاً في الجملة بصحيح أبي ولّاد، وفيه: قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر؟فقال:«عليك قيمة مابين الصحّةوالعيب يوم تردّه عليه»[٤]. ↖

---

(١) وسائل الشيعة: ج ٢٥ ص ٣٨٨ ح ١ و٢ من ب ٣ من أبواب كتاب الغصب.

(٢) عوالي اللآلئ: ج ١ ص ٢٢٤ ح ١٠٦.

(٣) في ص ٩٤ ـ ٩٥.

(٤) وسائل الشيعة: ج ٢٥ ص ٣٩٠، الباب ٧ من أبواب كتاب الغصب.

من دون أن يضمن المالك ما يرد عليه من الخسران*.

↲ فإنّه يدلّ على ضمان الأوصاف. والحكم بالقيمة في مورده لا ينافي الاستدلال به لأصل الضمان في المبحوث عنه والرجوع إلى المثل.

للمالك المطالبة بأرش النقص

وممّا ذكرناه من الدليل على الثاني يظهر الوجه في الحكم الثالث ـ وهو ضمان النقص ـ، بل الاستدلال بذيل الصحيح المتقدّم هنا أوضح، لأنّ النقص الحاصل بالقلع والطمّ والتسوية قيميّ.

لكن قد يختلج بالبال إشكال، وهو أنّ نقص المثليّ الحاصل بالقلع والقيميّ الّذي يعتبر بعد التسوية والطمّ وقع بأمر المالك وإلزامه قلع الغرس، وهو كإيقاع النقص على ماله بنفسه، وهو خارج عن مدلول صحيح أبي ولّاد، وليس هو الحكم المناسب لتسلّط اليد على مال الغير أو كونه كذلك مشكوك.

ويمكن الجواب عنه بأنّ الغرس وإيجاد الحفر بواسطته قد أوجب النقص، والكمال الحاصل بعده بواسطة الغرس هو كمال حادث غير مملوك للمالك، فالنقص حاصل بفعل الغاصب مع قطع النظر عن أمر المالك بالقلع، وما يرى من عدم النقص قبل القلع فهو من جهة تخلّف كمالٍ غير مملوك للمالك مقام النقص الحاصل في ملكه، ومقتضى ذلك: استحقاق أرش النقص قبل القلع والطمّ.

لا يضمن المالك ما يرد على الغاصب من الخسران

(*) قال‌‌ في الجواهر[1] بعد قول المحقّق‌‌ «وعليه أُجرة الأرض وإزالة زرعه ↰

---

(١) ج ٣٨ ص ٣١٠.

كما أنّ للمشتري إزالة ذلك*

وغرسه»: وإن تضرّر بذلك، فإنّهالّذي أدخله على نفسه. ثمّ نقل خبرعبدالعزيز بن محمّد المتقدّم[١].

أقول: يدلّ على عدم ضمانه للضرر أُمور:

منها: موثّق محمّد بن مسلم المتقدّم[٢]، إذ فيه الأمر بقلع الغرس، وفيه ضرر واضح على الغاصب.

ومنها:ما أشارإليه‏ من‏خبرعبدالعزيزالّذي فيهالأمر برفعالبناء المستلزمللضررأيضاً.

ومنها: ما تقدّم[٣] من تقريب دلالة حديث اليد على ذلك: من أنّ الصفات مضمونة، والحكم بالضمان لا يعارض لحديث الضرر، لأنّه مجعول في مورده، فتأمّل.

للمشتري إزالة ملكه عن مال المالك

(*) قال‏ في الجواهر مخلوطاً بعبارة الشرائع: لاخلاف معتدّ به ولا إشكال في أنّه «لو بذل صاحب الأرض قيمة الغرس لم يجب على الغاصب إجابته» وما سمعته من الإسكافيّ قد عرفت ضعفه ... ، بل لو رضي بالإبقاء بالأُجرة لم يجب عليه[٤].

أقـول: لعلّ الحكم واضح إذا لم يستلزم قلع المالك وإزالة ملكه عن الأرض توجّه ضرر على المالك، فإنّ كون الزرع والغرس في أرض المالك المسلّط عليها موجب لصدق كونهما في يده و«على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي»[٥].

وبعبارة أُخرى: منع الغاصب عن إزالة ملكه عن الأرض غصبٌ لملك الغاصب.

ومـنه يـظهر الحكم فـي الأرض الّتي لاتكون تحت تسلّط المال، لأنّه يكفي في استحقاق إزالة ملكه عنها وجوب الردّ على المالك إذا كان تحت يده، فإنّه ينتزع من

---

(١) في ص ٢٤٠.
(٢) في ص ٢٣٩.
(٣) في ص ٩٢.
(٤) جواهر الكلام: ج ٣٨ ص ٣١١.
(٥) عوالي اللآلئ: ج ١ ص ٢٢٤ ح ١٠٦.

ذلك عدم كون المالك مستحقّاً لكون مال الغير في ملكه.

إن قلت: وإن كان مقتضى حديث اليد ما ذكر إلّا أنّ قاعدة تسلّط الناس على أموالهم تقتضي جواز منع مالك الأرض عن الإزالة.

قلت أوّلاً: إنّ التمسّك بها في مثل المقامات خلاف سيرة العقلاء والمتشرّعة قطعاً، إذ مقتضاها أنّه لو وقع مال عمداً أو من غير عمد في مخزن يكون مملوكاً للغير أن يكون له حقّ أن يمنع المالك عن الإخراج عنه.

وثانياً: تكون القاعدة مخصّصة بحديث اليد، إذ يكون المغصوب إلّا ما شذّ وندر في ملك الغاصب فله بناءً على عموم قاعدة السلطنة أن يتمسّك بها لعدم استحقاق المالك أن يستردّ العين من يده فلابدّ من تخصيصها به.

وثالثاً: على فرض إجراء القاعدة المقتضية لاستحقاق المالك منعَ الغاصب عن الإزالة فلاريب في تعارضها لنفسها بالنسبة إلى الغاصب فيرجع إلى أصالة الحلّ، ومقتضاها الحكم بحلّيّة القلع تكليفاً. ولا تعارض لحلّيّة المنع، لأنّها محكومة بها، فتأمّل.

الإشكال في صورة كون إزالة ملك المشتري مضّرة بالمالك

إنّما الإشكال في صورة كون الإزالة موجبة للإضرار على المالك، بل في الجواهر عن الإيضاح في الثوب المغصوب المصبوغ أنّه «لاخلاف في منع الغاصب من الإزالة لو نقص الثوب بها، ولا في إجابته مع عدم هلاك الصبغ وعدم نقص الثوب أصلاً»[1].

لكن قال﴿ره﴾: لاريب أنّ المشهور هو جواز إزالة الغاصب صبغه من الثوب المغصوب، وحكيت الشهرة عن المختلف والتنقيح والرياض خصوصاً بين المتأخّرين، وعن المسالك: أنّه الأشهر[2].

أقول: وجه الإشكال أنّ حقّ استرداد الغاصب ماله ضرر على المالك، وهو مرفوع بحديث الضرر[3].

(١ و٢) جواهر الكلام: ج ٣٨ ص ٢٣٣.

(٣) راجع وسائل الشيعة: ج ٢٥ ص ٤٢٧، الباب ١٢ من كتاب إحياء الموات.

دفع الإشكال وأنّ الملاك ملاحظة قواعد التزاحم

ويمكن الاستدلال للمشهور بأُمور:

منها: إطلاق ما تقدّم[١] من موثّق محمّدبن‌مسلم، وفيه: «وله الزرع والغرس، ويقلعه ويذهب به حيث شاء».

وفيه أوّلاً: احتمال أن يكون الخبر في مقام بيان وجوب القلع عليه وأنّ المالك يستحقّ عليه‌القلع لا جواز القلع له وأنّه يستحقّ ذلك كما هو الظاهر من خبر عبدالعزيز المتقدّم[٢]، وفيه: «يرفع بناؤه، وتسلّم التربة إلى صاحبها، ليس لعرق ظالم حقّ».

وثانياً: أنّ الغالب عدم توجّه ضرر يعتدّ به على صاحب الأرض.

وثالثاً: أنّ دليل نفي الضرر حاكم عليه ومخصّص لمورد الضرر.

ومنها ـ وهو المعتمد ـ: أنّ الأمر دائر بين **توجّه الضرر إلى الغاصب** بخروج عين ماله عن حيطة سلطنته وإجباره على البيع أو الصلح أو الحكم بحصول المعاوضة‌القهريّة كما عن بعض الأخبار المرويّة في كتب العامّة[٣] أو الحكم عليه بإعطاء اُجرة الأرض إلى أن يتلف الزرع والغرس أو البناء، و**توجّه الضرر إلى المالك** بسلب صفة من صفات ماله وتداركه بالأرش.

ولاريب أنّ الثاني أهون فيتعيّن، بناءً على وضوح كون المقام من قبيل التزاحم لا التعارض، فإنّ عدم توجّه الضرر وحفظ سلطنة المالكين على أموالهم واجد لمصلحة ملزمة فلابدّ من مراعاة أقوى الملاكين، ولاريب أنّ الحكم بجواز إزالة عينه للغاصب وحفظ تسلّطه‌بالنسبة‌إلى عينه‌أقرب إلى نفي‌الضرر وحفظ تسلّط المالكين على‌الأموال؛ ولعلّه واضح في مثل مورد المتن،وبه‌يتّضح أنّ الملاك في جوازهاكونها أخفّ الضررين.

وحينئذٍ لو فرض أنّ ملك الغاصب قطعة حديد اُدخلت تحت البناء واستحكمت

---

(١) في ص ٢٣٩.

(٢) في ص ٢٤٠.

(٣) سنن الترمذيّ: ح ١٣٦٦؛ سنن أبي داود: ح ٣٤٠٣؛ سنن ابن ماجة: ح ٢٤٦٦.

بالساروج والقير ونحوهما ويكون استرداد العين موجباً للضرر العظيم على المالك لاستلزامه هدم البيت فلا يحكم بذلك، بل لابدّ من دفع القيمة إلى الغاصب أو أُجرة ماله أو غير ذلك. ولو فرض التساوي من حيث الملاك يمكن الحكم بجواز الإزالة، لأصالة الإباحة. ولا تعارضها أصالة إباحة منع المالك، لأنّها مسبّبة عن جواز الفعل وعدمه، بخلاف العكس، فتأمّل فإنّ عدم جواز المنع عن العمل الجائز غير معلوم. ويمكن القول بترجيح جانب المالك، من حيث إنّ الغاصب أوقع نفسه في مظنّة الضرر أو الإضرار بخلاف المالك، واحتمال الترجيح كافٍ في باب التزاحم.

ومنها: ما أُشير إليهمن أنّه على فرض التعارض أو التزاحم يرجع إلى أصالة الجواز. وقد عرفت ما فيها.

ثمّ إنّ صاحب الجواهـر بعد ما اختار المشهور المطابق للمتن قال: ولكن يولّي الحاكم من يخلّص كلّ مال عن الآخر ويوصله إلى صاحبه. أو نقول بولاية ذلك إلى المالك، باعتبار دخول الغاصب عليه، فهو كمن ألقى في دار غيره شيئاً[١].

في أنّ له أن يباشر بنفسه أو الولاية للحاكم أو للمالك

ولكن قد يختلج بالبال أنّه إن كان الغاصب مستحقّاً لاسترداد ماله فله أخذ حقّه، وعند الامتناع يرجع إلى الحاكم على ما هو المعروف، وإن لم يكن مستحقّاً له فكيف يحكم الحاكم بذلك؟!. وأمّا احتمال رجوع ولاية ذلك إلى المالك قياساً بمن ألقى في دار غيره شيئاً فلعلّه من جهة أنّ ذلك مع التوجّه إلى أنّه إدخال المال في سلطنة الغير إعراض عرفاً عن حقّ السلطنة على المال باسترداده بالمباشرة. فسلطنة المالك على ماله بمنعه أن يستردّه بالمباشرة تنفذ من دون المزاحم؛ ولاينفع رجوعه بعد ذلك، لأنّ المحلّ قدشغل بواسطة عموم سلطنتهالحاكم بأنّ له المنع عن استرداد ماله بالمباشرة.

(١) جواهر الكلام: ج ٣٨ ص ٢٣٥.

مع ضمانه أرش النقص الوارد على الأرض*.

وليس للمالك إلزام المشتري بالإبقاء ولو مجّاناً**.

لكنّه لا يتمّ في جميع موارد المسألة كما لا يخفى؛ ففي ذلك أيضاً إذا لم يكن إعراض في البين يرجع إلى قاعدة التزاحم المشار إليها فيؤخذ بأخفّ المحذورين،ومع التساوي يرجّح جانب المالك على الغاصب، خصوصاً في ما كان عالماً بذلك. والأحوط رجوع الأمر إلى الحاكم وأن يحكم الحاكم مع التساوي للمالك على الغاصب ويولّي المالك على ذلك، فإن امتنع فهو وليّه كما هو المعروف، وهو العالم.

ضمانه للأرش من جهة النقص الوارد بإزالة الغاصب

(*) لأنّه ضامن للصفة التالفة أو المتلفة بأمر المالك كما تقدّم في ذيل التعليق الأوّل على المسألة فكيف بالصفة المتلفة لنفع الغاصب، وهو واضح، فراجع التعليق المتقدّم الإيماء إليه.

لكن في إطلاقه لضمان الأرش إشكال؛ بل لابدّ من إرجاع الصفة، لأنّها مثل الصفة السابقة، وعلى فرض التعذّر أو التعسّر نوعاً يرجع إلى القيمة، لأنّ الوصف على الأوّل مثليّ وعلى الفرض الثاني قيميّ. كيف؟! ولو كان الوصف مضموناً بالقيمة مطلقاً لم يكن وجه لإلزامه على تسوية الأرض إذا كان القلع بأمر المالك وقد مرّ في المتن الحكم به ومرّ في الشرح نقلاً عن الجواهر أنّه ممّا لا خلاف فيه ولا إشكال.

ليس للمالك إلزام المشتري بالإبقاء ولو مجّاناً

(**) لإطلاق ما دلّ على أنّ له حقّ الاسترداد، وهو حديث اليد على تقدير كون المال بيد المالك في صورة عدم الإضرار على المالك، وهو مقتضى ترجيح أخفّ المحذورين بحفظ السلطنة على العين وتقديمها على السلطنة على الوصف.

كما أنّه ليس للمشتري حقّ الإبقاء ولو بالأُجرة*.

ولو حفر بئراً أو كرىٰ نهراً مثلاً في أرض اشتراها وجب عليه طمّها**.

ليس للمشتري حقّ الإبقاء ولو بالأُجرة

(*) كما هو مقتضى إطلاق موثّق محمّد بن مسلم وخبر عبدالعزيز المتقدّمين[1] ومقتضى ضمان الوصف المدلول عليه بما تقدّم من حديث اليد وصحيح أبي ولّاد المتقدّم[2]. فتأمّل.

وجوب طمّ البئر المحفور على الغاصب

(**) قال‌ تَعَالَىٰ في الجواهر: لوجوب إعادة العين كما كانت مع الإمكان[3].

وقال الميرزا الرشتيّ: بلاخلاف ولا إشكال كما هو واضح.

أقول: الظاهر عدم تحقّق الإجماع بنحو يكشف عن رأي المعصوم ولو من جهة بناء المسلمين على ذلك.

وأمّا ما علّل به في الجواهر فإطلاقه ممنوع، فإنّه لو كان المغصوب حيواناً مجروحاً فالتأم جرحه عند الغاصب فلا يجب على الغاصب إيقاع الجرح عليه بصِرف طلب المالك ذلك من باب إعمال السلطنة المالكيّة.

والسرّ في ذلك أنّ حديث اليد وكذا بناء العقلاء لا يقتضي إلّا ضمان الأوصاف الّتي تكون مورداً للأغراض العقلائيّة لا مطلق الأوصاف؛ فلو حفر الغاصب بئراً في طول الآبار المحفورة للقناة في سفح جبل لا يقبل الزرع ولايكون طمّها مورداً لغرض من الأغراض العقلائيّة بل يزداد بذلك ماء القناة فطلب طمّها من الغاصب لمحض إعمال السلطنة المالكيّة فهو ليس إلّا مثل إيقاع الجرح على المغصوب الّذي كان مجروحاً حين الغصب فالتأم.

---

(١) في ص ٢٣٩ ـ ٢٤٠. (٢) في ص ٢٤٠. (٣) جواهر الكلام: ج ٣٨ ص ٣١١.

وردّها إلى الحالة الأُولى لو أراده المالك وأمكن*، وضمن أرش النقص**

إن لم يمكن طمّ البئر فمقتضى القاعدة ضمان قيمة الطمّ

(*) وإن لم يمكن فمقتضى ضمان الوصف: أداء قيمة الطمّ.

الواجب ردّ عين التراب إلى البئر وطمّها به في الجملة

ثمّ إنّ مقتضى حديث على اليد(١) وما تقدّم(٢) من «أنّ الغصب كلّه مردود»: ردّ عين التراب المخرج من البئر إلى مالكه، بل إلقاؤه في البئر وطمّها به إن تعلّق بذلك غرض عقلائيّ، مثل أن يكون ترابه مشتملاً على ذرّات الذهب وكان إلقاؤه في غير الحفيرة معرضاً للتلف ولم تكن في الأرض حفيرة إلّا البئر الّتي حفرها الغاصب، فإنّ مقتضى ضمان العين وضمان الوصف الّذي يكون مورداً للغرض: وجوب ردّ التراب بعينه إلى البئر المحفورة بيد الغاصب.

ضمان الغاصب أرش النقص بعد الطمّ

(**) وقد ظهر وجهه من التعليق الأوّل على المسألة.

وخلاصة وجهه: ضمان الوصف الفائت الّذي وقع في مال الغير لا سيّما إذا كان منشؤه الغاصب.

ويدلّ عليه حديث اليد وصحيح أبي ولّاد(٣) الحاكم بضمان الوصف بعد إلقاء الخصوصيّة.

إن قلت: هذا إذا كان حفر البئر موجباً لتوليد النقص، أمّا لو زادت به القيمة وكان طمّها موضوعاً لصيرورة الأرض ناقصة بالنسبة إلى ما قبل الحفر فالنقص قد حصل بأمر المالك فلا معنى لضمان الغاصب ذلك.

(١ و ٢) المتقدّم في ص ٩١.

(٣) المتقدّم في ص ٢٤٠.

لو كان، وليس له مطالبة المالك أُجرة عمله* أو ما صرفه فيه**

قلت: النقص الحاصل فيها بمقايستها بما قبل الحفر إنّما هو بفعل الغاصب فهو ضامن له، لكن حيث إنّ تأمين بعض مراتب النقص مثليّ يجب عليه إيجاد مثل الصفة الفائتة ويجب عليه بالنسبة إلى الباقي تأمين القيمة وهو أرش النقص، وأمّا الكمال الحاصل بفعل الغاصب بالحفر فلا يجبر به النقص الحاصل بالمقايسة بما قبل الحفر.

إن قلت: فمقتضى ذلك: ضمان النقص الحاصل ومالكيّة الكمال الحاصل بالحفر، فله أن يفرض الحفر في محلّ لا يوجد كمالاً فيأخذ أرش النقص مع المنع عن طمّ الحفر.

قلت: ضمان نقص الحفر إنّما يكون بالطمّ، لأنّه مثليّ فلا يستحقّ المالك القيمة.

ليس للغاصب أن يطالب المالك بأُجرة عمله

(*) فإنّ ردّ بدل الوصف الفائت نظير ردّ بدل العين وكلاهما نظير ردّ العين، وقد مرّ وجه كون مؤونة الردّ على الغاصب.

وخلاصته: أنّ مقتضى حديث اليد وصحيح أبي ولّاد[1]: ضمان الوصف، وإيجاد مثل الوصف الفائت يحتاج إلى المؤونة؛ فجعل ضمان الوصف واقع في مورد الضرر فلا يرتفع بدليل الضرر، ففي المورد لا ماليّة لطمّ الحفر مع قطع النظر عن أُجرة العمل، فهو مقتضى طبع ضمان الوصف، وليس خارجاً عن الحدّ المتعارف حتّى يتمسّك بحديث نفي الضرر أو الحرج، فتأمّل.

ليس له أن يرجع على المالك بما صرفه فيها

(**) إذا لم يكن بأمره حتّى تكون نفقته عليه مضافاً إلى أُجرة عمله. وهذا واضح.

---

(١) المتقدّم في ص ٢٤٠.

من ماله وإن زادت به القيمة*؛

ليس له الرجوع عليه وإن زادت قيمة الأرض بها

(*) لأنّها غير موجبة لاستحقاق أخذ بدل ما صرفه فيه.

لكن يمكن القول بثبوت حقّ له بذلك، وذلك لظهور بناء العقلاء على كون العمل الّذي يحصل به صفة كمال في الجسم يوجب حقّاً للعامل ولا يذهب حقّه سدىً، ولذا استظهر الشيخ المؤسّس ثبوت الشركة بتصرّف الغابن في الثمن بإيجاد زيادة حكميّة فيه، كتعليم الصنعة[1].

واختار العلّامة‏ في المختلف في ما إذا زاد المفلّس في عين المال المبتاع من الغريم زيادةً حكميّةً أنّه مالك للوصف الزائد[2].

وما ذكر وإن كان في مورد كون التصرّف واقعاً في حال كون الشيء ملكاً للمتصرّف والمبحوث عنه إنّما هو في غيره، إلّا أنّ إبداء الفرق بين المقامين مشكل وإن كان ظاهرهم في باب الغصب كونه تابعاً للمال فهو للمالك بدون العوض.

قال‏ في الجواهر بعد قول المصنّف‏ «فإن كانت [أي الزيادة] أثراً كتعليم الصنعة وخياطة الثوب ونسج الغزل وطحن الطعام ردّه ولا شيء له»: بلاخلاف ولا إشكال، لعدم احترام العمل بغير إذن من المالك، بل كانت تلك الصفات من توابع مال المالك فلو أتلفها أو تلفت في يده كان ضامناً[3].

أقول: إن كان مقصوده من التعليل بعدم الاحترام أنّه لا أُجرة لعمله لأنّه غير واقع بإذن المالك فهو بنفسه حقّ ولكن لا يدلّ على عدم احترام عمله من حيث عدم تملّك حاصل عمله المتحقّق في الخارج بنحو الوجود العرضيّ الّذي هو من المقولات الحقيقيّة الموجودة في الخارج.

---

(١) المكاسب: ج ٥ ص ١٩٥.

(٢) مختلف الشيعة: ج ٥ ص ٤٤٧.

(٣) جواهر الكلام: ج ٣٨ ص ٢٢٧.

كما أنّه ليس له ردّه إلى الحالة الأُولى* بالطمّ ونحوه لو لمَ يرضِ به المالك.

نعم، يرجع بأُجرة عمله** وكلّ ما صرف من ماله وكلّ خسارة وردت عليه إلى البائع الغاصب مع جهله، لا مع علمه كمامرّ***.

◄ وإن كان المقصود من عدم الاحترام عدم ماليّة حاصل عمله لكونه غاصباً في تصرّفه فلا دليل عليه.

وأمّا قوله ﷺ: «بل كانت تلك الصفات من توابع مال المالك ...» فإن كان المقصود أنّها من تبعاته من جهة كونها من الصفات والهيئات فلابدّ أن يقول بذلك في مثل تصرّف الغابن والمفلّس أيضاً.

والإنصاف: أنّه ظلم عرفاً، خصوصاً إذا كان عمدة ملاك الماليّة هي الهيأة ولم يكن للموادّ ماليّة معتدّ بها في قبالها كما في المصنوعات العصريّة.

وإن كان المقصود أنّها حيث كانت واقعةً في المال المغصوب ولا يملكها الغاصب العامل فتعدّ حينئذٍ من تبعاته فلا دليل عليه.

وكيف كان، فما في المتن وإن كان واضحاً إلّا أنّ ظاهره عدم استحقاق شيء على المالك، وهو غير معلوم، بل مقتضى ما ذكرناه أنّه مالك للهيأة الموجبة لزيادة القيمة.

(*) لأنّه تصرّف في مال الغير فلا يجوز إلّا بالاستيذان منه ولو قلنا بأنّه صار مالكاً للهيأة، فإنّ ذلك لا يوجب له جواز التصرّف في العين الّتي هي ملك المغصوب منه.

(**) وذلك لقاعدة الغرور الّتي مرّ الكلام في مدركها ومقدار دلالته.

(***) وقد مرّ[1] في ضمن الفرع الرابع أنّ القدر المتيقّن منهاصورة كون الخسارات الواردة عليه من اللوازم العرفيّة إذا كان البائع عالماً أو كان المشتري الجاهل ملجأً بالتغريم.

---

(١) في ص ٢٣٤.

وكذلك الحال في ما إذا أحدث المشتري في ما اشتراه صفةً من دون أن يكون لها عين في العين المشتراة*، كما إذا طحن الحنطة أو غزل ونسج القطن أوصاغ الفضّة.

وهنا فروع كثيرة نتعرّض لها في كتاب الغصب إن شاء الله تعالى، فإنّ المقام أحد مصاديقه أو ملحق به[١].

ولا يبطل رجوع المشتري الجاهل بادّعاء الملكيّة للبائع، لأنّه بنى على الظاهر[٢]**.

(*) قد ظهر حكمه من جهة الرجوع إلى البائع ومن جهة حصول استحقاقٍ من بيده المال، إلّا أنّ حصوله في صورة جهل المشتري أولى وأوضح.

لا يبطل رجوع المشتري باعترافه بمالكيّة البائع

(**) قال السيّد الماجد ﷺ: وقد احتمل في التذكرة ونهاية الإحكام عدم الرجوع، لاعترافه بالظلم فلا يرجع على غير ظالمه[٣].

أقول: الظاهر أنّ المرادبالظلم هو تصرّف المالك للمال، فإنّ المال باعتراف المشتري يكون ملكاً للبائع فله أن يرجع إلى المالك الظالم باعترافه ويثبت ظلمه، لا إلى البائع.

والجواب:ما فيالمتن من أنّ اعترافهالسابق كان مبنيّاًعلىظاهر اليد وقد ثبت خلافه.

ومن ذلك يعلم أنّه لو كان اعترافه مبنيّاً على غير ذلك فهو مأخوذ به.

نعم، لعلّه يكفي لعدم حجّيّة الاعتراف المذكور صِرف الشكّ واحتمال كونه مبنيّاً على اليد، إذكونه تحت يده وكون الأمارة على الأملاك نوعاً هي اليد أو الاشتراء من ←

(١) وسيلة النجاة: ج ٢ ص ٢٩، المسألة السادسة عشر.

(٢) قواعد الأحكام: ج ٢ ص ١٩.

(٣) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٦٤٠.

المسألة السابعة عشر: لو جمع البائع بين ملكه وملك غيره أو باع ما كان مشتركاً بينه وبين غيره نفذ البيع في ملكه بما قابله من الثمن*.

ذي اليد الّذي هو مرجعه إليها بمنزلة القرينة المتّصلة بالكلام الصارفة عن ظهوره في الاعتراف بمالكيّة البائع ولو لم يكن في يده، فتأمّل.

لو جمع المالك بين ملكه وملك غيره

(*) **في الجواهر:** لاخلاف في صحّة بيعه ونفوذه في ما يملك إذا لم يتولّد من عدم الإجازة مانع شرعيّ، كلزوم ربا، وبيع آبق من دون ضميمة ونحو ذلك، بل ظاهرهم الإجماع عليه كما اعترف به في الرياض، بل عن الغنية دعواه عليه صريحاً، كالأُستاذ في شرحه(١).

أقول: ويدلّ على الحكم المذكور صحيح الصفّار المتقدّم(٢).

فإذا ثبت صحّة الشراء بالنسبة إلى ما يملك في القيميّ فصحّة المثليّ ثابتة بالأولويّة، وإذا ثبتت في ما يختلف من حيث القيمة عند الانضمام والانفراد بحسب الغالب ـ إذ فرق بين كون جميع القرية الواحدة للمشتري أو كان له فيها شريك ـ فغيره ممّا لايكون كذلك أولى بالصحّة.

بل يمكن أن يقال: إنّ مقتضى ترك الاستفصال: شموله لما كان غير ما هو ملكه وقفاً عامّاً وكان ممّا لا يملك؛ فيظهر أيضاً ببركته حكم بيع ما يملك وما لا يملك، كبيع الخمر والخلّ معاً. ومقتضى ترك الاستفصال: عدم الفرق بين كون المبيع مشتركاً مشاعاً بينه وبين غيره أو كون البعض المفروز له وبعضه كذلك لغيره.

ولايخفى أنّ احتمال خصوصيّة المورد ملقاة عند العرف في المقام بلا إشكال، خصوصاً مع عدم وقوعه في كلامه عليه السلام.

---

(١) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٤٩٨.

(٢) في ص ١٥٩.

◄ فالمسألة واضحة بحسب الظاهر، من جهة ورود الصحيح الواضح متناً وسنداً.

ولولاه لكان تطبيق الحكم على القاعدة غير خالٍ عن الإشكال:

لا من جهة كون التمليك الواقع على الثمن أو المثمن ارتباطيّاً وأنّ مجموع المال من حيث هو كذلك مورد للتمليك، إذ هو ممنوع، إذ كون الموضوع موجوداً واحداً في بعض البيوع لا يقتضي الارتباط، بل الظاهر وقوع التمليك على كلّ جزء من أجزائه بنحو الانحلال.

ولامن جهة لزوم الجهل بالثمن من باب عدم العلمبالثمن الّذي يتقسّط على المملوك والجهلِ بحصول الإجازة من المالك الموجب للجهلِ بمقدار الثمن مع قطع النظر عن التقسيط أيضاً والجهلِ بمقدار المبيع، إذ الظاهر كفاية العلم بالمقدار بحسب ما يجعل في العقد الأعمّ من الصحيح والباطل.

ولا من جهة لزوم الغرر، لأنّه عبارة عن خطر توجّه الضرر إلى أحد المتعاملين، ولاخطر في بيع ما يملكه وما لا يملك، سواء أجاز المالك أم لا، لأنّه على الثاني يرجع المشتري بما جعله ثمناً له بالتقسيط المبنيّ على التعديل على ما يأتي إن شاءالله تعالى، فلا ضرر في البين.

ولا من جهة تقيّد الرضا بتمليك المجموع في مقابل تملّك المجموع، فإنّ الرضا حاصل، لتخيّل حصول ذلك، فإنّ المشتري لما تخيّل أنّ مجموع المبيع ينتقل إليه في قبال مجموع الثمن فقد طاب نفسه بتمليك الثمن بنحو التمليك الانحلاليّ المنحلّ إلى تمليكات عديدة بعدد الأجزاء الموجودة فيه، وكذا الكلام في جانب المبيع.

والحاصل: أنّ وصف الاجتماع ليس إلّا كسائر الأوصاف المبنيّ عليها العقد في أنّ تخلّفه لا يوجب بطلان البيع.

والسرّ فيه وجود الرضا وطيب النفس بالمعاملة الخارجيّة بالنحو المطلق ولو من باب تخيّل عنوان المقيّد.

والحاصل:أنّه لا إشكال بحسب القاعدةمن الجهات المذكورة، إذ عرفت ما يندفع ◄

ونفوذه وصحّته في ملك الغير موقوف على إجازته، فإن أجازه وإلّا فللمشتري خيار فسخ البيع من أصله*،

به الشبهات الّتي أوردناها.

إنّما الإشكال من جهة تقيّد التمليك في كلّ من طرفي المعاملة بكونه بدلاً عن تملّك الآخر بالنسبة إلى مجموع أجزائه، فالارتباط وإن لم يكن في تمليك كلّ جزء من المبيع مع الجزء الآخر ـ كما أشرنا إليه ـ لكنّ الارتباط موجود بين الاعتبار المنشأ بالنسبة إلى العوضين، ولذا لو انكشف عدم صلاحيّة أحد الطرفين للعوضيّة يبطل البيع بلا إشكال ولا كلام، ولا شبهة أنّ الارتباط المذكور ليس بين ملكيّة كلّ جزء من المبيع وملكيّة جزء آخر من الثمن يساويه في النسبة إلى الكلّ، فيكون ملكيّة عُشر من المبيع ـ مثلاً ـ بإزاء عُشر من الثمن، إذ ربما يختلف، إذ لعلّ عُشر الكتاب ـ مثلاً ـ لا قيمة له بخلاف عُشر الأرض أو البستان مثلاً؛ بل الارتباط يكون بين مجموع التملّكات الانحلاليّة المتعلّقة بالمبيع مع مجموع التملّكات الانحلاليّة المتعلّقة بالثمن، والارتباط المذكور ليس إلّا التقيّد بالبدليّة، ومن المعلوم اختلال التقيّد المذكور وعدم تأمينه بالتقسيط الّذي يجيء الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

وممّا ذكرناه يظهر أنّ صحّة الهبة الواقعة على المجموع بالنسبة إلى ما يملك على طبق القاعدة، إذ هي خالية عن الارتباط بشيء آخر بنحو البدليّة. وكذا المهر، بل ولعلّ مثلها الهبة المعوّضة وعوض الخلع، فتأمّل.

ثبوت خيار التبعّض للمشتري واحتمال ثبوته للبائع أيضاً

(*) قال ﷺ في الجواهر: بلاخلاف أجده فيه، بل في التذكرة نسبته إلى علمائنا[1].

أقول: بعد وضوح أنّ وصف الاجتماع كان ممّا يبتني عليه العقد فالخيار المذكور

---

(١) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٥٠٧.

من أفراد خيار تخلّف الوصف ُيمكن الاستدلال عليه ـ مضافاً إلى ما تقدّم ـ بأمرين:

أحدهما: حديث نفي الضرر، من جهة كون الوصف المذكور مملوكاً للمشتري كسائر الشرائط والأوصاف، فالحكم عليه بلزوم الوفاء بالمعاملة مع عدم وصول مملوكه إليه ضرريّ مرتفع بالحديث المذكور.

ثانيهما: صحيح جميل، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى ضيعة وقد كان يدخلها ويخرج منها، فلمّا أن نقد المال صار إلى الضيعة فقلبها ثمّ رجع فاستقال صاحبه فلم يقله، فقال أبوعبدالله عليه السلام: «إنّه لو قلب منها ونظر إلى تسع وتسعين قطعة ثمّ بقي قطعة ولم يرها لكان له في ذلك خيار الرؤية»[١].

وتقريب دلالته أنّ المقصود منه بحسب الظاهر أنّه لو كان ما لم يرها على خلاف ما رآها وكان العقد مبنيّاً على ما رآها، وليس هذا إلّا تخلّف الوصف المبنيّ عليه العقد. هذا.

ولكن في الدليلين مناقشة وبحث، وتمام الكلام موكول إلى باب الخيارات، وهو الموفّق.

ثمّ لا يخفى أنّ مقتضى ما ذكر: ثبوت الخيار للبائع مع جهله بكون المال للغير، لأنّه تملّك الثمن مبنيّاً على كونه متّصفاً بالاجتماع وتبعّضت صفقته أيضاً. وقد نقل احتماله في الجواهر عن مجمع البرهان وعن المبسوط احتماله قويّاً[٢].

ولا ينافيه ما تقدّم[٣] من صحيح الصفّار من قوله عليه السلام: «وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك»، فإنّ الظاهر من مورده هو علم البائع بكون بعض المبيع لغيره، فهو لا يملك بحسب العقد وصف الانضمام في الثمن.

لكنّ الظاهر عدم ثبوت الخيار له، لأنّ تخلّف وصف الانضمام في الثمن إنّما حصل من جهة تخلّف ذاك الوصف في المبيع، وهو حاصل بفعله، فالضرر لم يتوجّه إليه من قِبَل المشتري حتّى يكون له عليه الخيار، بل الضرر جاء من قِبَله ولو لجهله وهو غير مربوط بالمشتري.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٨ ح ١ من ب ١٥ من أبواب الخيار.

(٢) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٥٠٧ ـ ٥٠٨.

(٣) في ص ١٥٩.

من جهة التبعّض إن كان جاهلاً[1]*.

وكذا لو باع ما يملك وما لا يملكه المسلم أو ما لا يملكه مالك، كالعبد مع الحرّ**،

↲ وأمّا الخبر فلا يشمل ما حصل التخلّف بسبب نفس من يراد ثبوت الخيار له، إلّا أن يقال: إنّ حديث نفي الضرر لا يختصّ بصورة مجيء الضرر من قِبَل الطرف الآخر، فتأمّل.

وممّا ذكر من الوجه يظهر الإشكال في ثبوت الخيار حتّى في ما ليس الوصف المذكور مورداً للاعتبار من حيث المبيع أو من حيث الثمن بأن جعل لكلّ واحد منهما ثمناً مستقلّاً أو كان الانفراد أنفع بحال المشتري، كما في الجارية وأُمّها العجوزة. فإنّ المشتري حينئذٍ لا يملك وصف الاجتماع حتّى يكون له الخيار.

شرط ثبوت الخيار جهل المشتري بذلك

(*) **مطلقاً أي ولو كان الجهل بسيطاً**، إذ عليه اعتمد المشتري على أصالة الصحّة في البيع الصادر من البائع ولو لم يكن المال في يده، إذ يكفي في ذلك أصالة الصحّة في عمله.

وأمّا إن كان عالماً بكون البيع بالنسبة إلى بعض المبيع يكون فضوليّاً فلا خيار له مطلقاً سواء كان عالماً بحصول التبعّض في الملكيّة خارجاً أو كان عالماً أو مطمئنّاً بعدم حصول التبعّض وأنّ المالك يجيز ذلك أو كان شاكّاً في ذلك، كلّ ذلك لعدم تملّك وصف الاجتماع على البائع حتّى يكون له الخيار عليه من باب الضرر أو من جهة شمول الخبر المتقدّم[2] الوارد في تخلّف الوصف المبنيّ عليه العقد من الطرفين بناءً على دلالته على ثبوت الخيار، فلم يكن في صورة العلم أو الاطمينان بالإجازة إلّا تخيّل أنّه يتملّك بعد ذلك الجزء غير المملوك ويتملّك وصف الاجتماع ويحرزه.

(**) **مثال للثاني.**

---

(١) وسيلة النجاة: ج ٢ ص ٢٩، المسألة السابعة عشر.

(٢) في ص ٢٥٦.

والشاة مع الخنزير*، والخلّ مع الخمر[١].

المسألة الثامنة عشر: طريق معرفة حصّة كلّ منهما من الثمن أن يقوّم كلّ منهما بقيمته الواقعيّة ثمّ يلاحظ نسبة قيمة أحدهما مع قيمة الآخر فيجعل نصيب كلّ منهما من الثمن بتلك النسبة**، فإذا باعهما معاً بستّة وكان قيمة أحدهما ستّة وقيمة الآخر ثلاثة يكون حصّة ما كان قيمته ثلاثة من ستّة الثمن نصف حصّة الآخر منها، فلأحدهما اثنان وللآخر أربعة[٢].

بيع ما يقبل التمليك ومالا يقبله

(*) مثال للأوّل وكذا ما بعده. وكأنّ المقصود أنّه لافرق بين ما يكون له ماليّة عند العرف يمكن تقسيط الثمن باعتبارها أو لايكون كذلك، لأنّه يمكن فيه التقسيط باعتبار فرض كونه مملوكاً، فإنّ الحرّ وإن لم يكن له في العرف ماليّة يمكن بها التقسيط إلّا أن يفرض مملوكاً فيقسّط الثمن.

ثمّ لايخفى أنّ إلحاق ما يملك وما لا يملك بالمسألة المتقدّمة إجماعيّ كما عن الغنية[٣] وعن ظاهر جامع المقاصد[٤] لكن في الجملة، فإنّ في الجواهر: أنّه قيّده جماعة بما إذا كان المشتري جاهلاً بالموضوع أو الحكم، وإلّا لا تّجه البطلان مع الجهل بالتقسيط، ضرورة كون المقصود حينئذٍ المملوك، والفرض جهالة ثمنه[٥].

ويدلّ عليه ما تقدّم[٦] من صحيح الصفّار وتقدّم[٧] بيان دلالته على صحّة البيع بالنسبة إلى ما يملك في المسألة، بل يشمل أيضاً صورة جهل المشتري بالموضوع أو الحكم، فراجع وتأمّل.

(**) هذا واضح في الفرض وهوصحّة البيع بالنسبةإلى المملوك وبطلانه أو وقوفه ↖

---

(١) شرائع الإسلام: ج ١ و٢ ص ٢٦٩.
(٢) وسيلة النجاة: ج ٢ ص ٢٩، المسألة الثامنة عشر.
(٣) راجع جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٤٩٨.
(٤) راجع جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٥١٦.
(٥) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٥١٣.
(٦) في ص ١٥٩.
(٧) في ص ٢٥٣.

◄ على الإجازة في غيره، إذ هو الّذي يقتضيه طريق العقلاء في مقام التقسيط.

ولكن في إطلاق كلام المتن إشكال من وجوه:

الأوّل: أنّ مقتضى قوله «أن يقوّم كلّ منهما بقيمته الواقعيّة ...»: أن يقوّم كلّ منهما في حال الانفراد، إذ لا واقعيّة لوصف الانضمام بالفرض، فالقيمة الواقعيّة لكلّ واحد منهما هي الّتي تلاحظ بالنسبة إلى حال الانفراد المفروض تحقّقه في الواقع.

وهو غير صحيح، فإنّه لو كان المبيع جارية وابنتها وفرض أنّ قيمة الجارية في حال الانفراد عن البنت تكون ثلاثة لأنّها لا تستقرّ منفردة عنها فلا يمكن الانتفاع بها مع فرض مفارقتها لبنتها إلّا بقليل وأنّها في حال الانضمام معها اثنا عشر، بخلاف البنت فإنّها في حال الانفراد يمكن الانتفاع بها في الخدمة وغيرها ولا ينتفع بها مع وجود أُمّها وفرض كون الثمن خمسة عشر وفرض كون الجارية مملوكة للغير فلازم ما في المتن أن يرجع المشتري إلى خمس الثمن مع أنّ الّذي جعل في قبالها من الثمن في حال البيع أربعة أخماس.

ولو فرض عدم فرق في قيمة البنت في الحالين فيكون قيمتها عشرة، بخلاف الأُمّ فإنّ قيمتها حال الانضمام لبنتها عشرة أيضاً وفي حال الانفراد تكون خمسة وفرض كون الأُمّ غير مملوكة للبائع وحينئذٍ مقتضى ما في المتن أن يرجع المشتري إلى ثلث الثمن ويكون ثلثاه للبائع مع أنّ قيمة البنت في حالي الاجتماع والافتراق نصف قيمة الأُمّ في حال الاجتماع.

والحاصل: أنّه في الفرض لو فرض كون الثمن هو العشرون المطابق للقيمة الواقعيّة بشرط الانضمام يرجع المشتري إلى ثلث العشرين ويتملّك البنت الّتي لا قيمة لها في حال الانفراد والاجتماع إلّا عشرة بثلثي العشرين.

وهو باطل قطعاً.

الثاني: أنّه لو فرض كون المبيع عبدين بوصف كونهما كاتبين وكان الثمن عشرين لكلّ واحد منهما عشرة وكان العبد غيرالمملوك المردود بيعه غير كاتب وكانت قيمته ◄

هذا إذا كان من ذوات القيم. وإن كان من ذوات الأمثال قسّط على الأجزاء*، سواء اتّحدت العين أو تكثّرت[١]**.

الواقعيّة خمسة بخلاف المملوك المنجّز بيعه فإنّ قيمته عشرة واقعاً لا اتّصافه بالكتابة فإنّ مقتضى ما في المتن: رجوع المشتري إلى ثلث الثمن وتملّك البائع لثلثيه الآخر مع أنّه لم يقع في يد المشتري إلّا ما يقابل نصف الثمن.

الثالث: أنّ ظاهر المتن أنّ الطريق منحصر به مع أنّه يمكن أيضاً بتقويم المجموع وتقويم أحدهما منفرداً في حال الانضمام.

فتحصّل من ذلك كلّه أنّ طريق التقسيط أن يقوّم كلّ واحد منهما في حال الانضمام مع لحاظ الأوصاف الملحوظة حين العقد في مقام التقويم، فيلاحظ نسبة قيمة أحدهما إلى الآخر فيجعل نصيب كلّ منهما من الثمن بتلك النسبة، أو يلاحظ نسبة قيمة أحدهما إلى مجموع القيمتين فيجعل لهما من الثمن بتلك النسبة،أو يقوّم المجموع فيقوّم أحدهما في حال الانضمام فيلاحظ نسبته إلى قيمة المجموع فيجعل من الثمن لكلّ واحد منهما بتلك النسبة. والملاك في الكلّ واحد، وهو ملاحظة قيمة كلّ منهما في حال الانضمام مع الآخر.

طريق التقسيط إذا كان المبيع من ذوات الأمثال

(*) هذا من باب عدم الاحتياج إلى القيمة من جهة تساوي المردود والمملوك من حيث الصفات الدخيلة في الماليّة الموجب للتساوي في القيمة بنسبة الكمّية الموجودة فيهما، لا أنّ طريق التقسيط المذكور في القيميّ غير صحيح في المثليّ كما هو واضح ويظهر منهم أيضاً.

(**) كهذا الصاع وذلك الصاع كما في مفتاح الكرامة[٢]، فالمقصود به هو التكثّر من جنس واحد.

---

(١) قواعد الأحكام: ج ٢ ص ١٩ ـ ٢٠.

(٢) ج ١٢ ص ٦٥١.

ولو باع جملة الثمرة وفيها عُشرُ الصدقة صحّ في ما يخصّه* دون حصّة الفقراء إلّا مع الضمان.

■ أمّا لو كان نصف المبيع هو الحنطة ونصفه الآخر هو الأرز فلابدّ من الرجوع إلى القيمة وقيمة كلّ واحد منهما في حال الانضمام مع الآخر.

لو باع ما فيه زكاة

(*) لايخفى أنّ المسألة ذات أقوال ووجوه نشير إليها إجمالاً. والتفصيل موكول إلى كتاب الزكاة، وهو الموفّق:

فمنها: القول بصحّة البيع في المجموع، حكي عن العلّامةﷺ في زكاة التذكرة[١].

وهو أيضاً على وجهين:

أحدهما: أن يكون العين بعد انتقاله إلى المشتري مورداً للحقّ بحيث لو لم يؤدّ المالك يتبع وليّ الزكاة المال فيفسخ البيع فيه. وهو الّذي اختارهﷺ.

ثانيهما: تعيّن الزكاة على ذمّة البائع من دون أن يكون الحقّ باقياً في العين بعد انتقاله إلى المشتري. وهو الّذي ربما يستفاد من إطلاق ما ذكره وجهاً لصحّة البيع على الإطلاق في بيع التذكرة على ما في مفتاح الكرامة[٢].

والوجه في الأوّل تعلّق الحقّ بالذمّة وكونُ المالك مخيّراً بين إيفائها من النصاب ومن غيره قيمةً فإذا باع تتعيّن في القيمة.

والوجه في الثاني تعلّقها بالمال بنحو يكون عين المال مرهوناً لا بوصف إضافتها إلى من عليه الزكاة وتعلّقها بالذمّة أيضاً، فيرجع إليه وعلى تقدير الامتناع يستخرج من عين المال.

ومنها: القول بالبطلان في المجموع. ↖

---

(١) حكاه في مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٦٦٥ عن العلّامة في التذكرة.

(٢) ج ١٢ ص ٦٦٤.

لا وهو الّذي يستفاد من بعض علماء العصر[١] ـ أيّده‌الله تعالى ـ في تعليقه على العروة لكن بطريق الاحتياط.

ووجهه كون تمام المال المتعلّق للزكاة مرهوناً للزكاة فلا يجوز التصرّف فيه إلّا بعد فكّ الرهن أو إجازة وليّ الحقّ.

ومنها: تفصيل المتن.

ووجهه تعلّق الزكاة بعين المال على وجه الإشاعة أو الكلّيّ في المعيّن أو الرهن بالنسبة إلى المجموع أو مقدار الزكاة لكن للمالك ولاية التبديل أو فكّ الرهن، لأنّها المستفاد من جواز أداء القيمة.

ومنها: الحكم بصحّة البيع للمالك بالنسبة إلى حصّته وكون البيع بالنسبة إلى حصّة أرباب الزكاة فضوليّاً محتاجاً إلى إجازة الحاكم.

وهو الّذي اختاره‌ؒ في العروة[٢]. ولعلّه المراد ممّا حكي عن المبسوط من عدم صحّة البيع بالنسبة إلى حصّة الفقراء إلّا بإذنهم أو إذن الإمام[٣]، لا البطلان من رأس، بل لعلّ المقصود من الإذن هو الأعمّ من السابق واللاحق.

ووجهه: أنّ تعلّقها إمّا بنحو الإشاعة أو بنحو الكلّيّ في المعيّن أو بنحو تعلّق حقّ الرهانة بالنسبة إلى مقدار الزكاة ولكن كان موضوعه العين بما هو مضاف إلى المالك، لاذات العين المستلزمة لصحّة البيع وكون المنتقل إلى المشتري مورداً للحقّ المذكور.

ومنها: عدم صحّة البيع بالنسبة إلى مقدار الزكاة وكونها متوقّفة على الإجازة أو أداء المالك أو غيره تبرّعاً ما يتعلّق به من الزكاة.

هذا بيان ما تحصّل لنا من الأقوال والوجوه، والتحقيق موكول إلى كتاب الزكاة، وهو الموفّق.

---

(١) هو السيّد الحكيم‌ؒ.

(٢) في المسألة ٢٩ من زكاة الغلّات الأربع.

(٣) حكاه عن المبسوط في مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٦٦٥.

ولو باع أربعين شاةً وفيها الزكاة مع عدم الضمان لم يصحّ في نصيبه، إذ ثمن حصّته مجهول على إشكال[١]*.

ولو باع مالك النصفِ النصفَ انصرف إلى نصيبه**.

(*) وجه الإشكال في ما حكم بهﷺ من عدم الصحّة يمكن أن يكون أمران:

أحدهما: أنّ الملاك في العلم بالثمن إنّما هو حين البيع بالنسبة إلى مجموع ما يملك وما لا يملك، لا بالنسبة إلى خصوص ما يملك، وإلّا لايكون معلوماً في جميع مصاديق المسألة ولا يختصّ بالمورد. وصرفُ كون تعيّنه في غير المورد متوقّفاً على التقويم على النحو المتقدّم وفي المورد متوقّفاً على تعيين متعلّق الزكاة باختيار المالك أو بالأداء إلى المستحقّ ثمّ على التقويم لايكون موجباً للفرق بين المسألتين.

ثانيهما: ما يستفاد من مفتاح الكرامة من أنّ الصحيح أنّ الشاة الواجبة في الأربعين ليست واحدة لابعينها. والاكتفاء بشاة من غير اعتبار الجميع وأنّه لو لم يبق إلّا واحدة تعيّن أخذها من دون اعتبار القيمة من باب التسهيل على المكلّف بالواجب؛ فالواجب مقدار شائع في النصاب، لتعلّق كلّ جزء من الشاة بواحدة من النصاب، ولهذا يجب التقسيط على المِراض والصحاح، وإذا تلف شيء من النصاب بغير تفريط سقط بالحساب، ولأنّ الوجوب لايتعلّق بالمبهم ولا يحلّ فيه، لأنّه غير موجود في الخارج، فتعيّن أن يكون كلّ واحدة محلّاً للوجوب، فيكون للفقير في كلّ واحدة ربع عشرها، فيكون ثمن حصّة المالك معلوماً ولو إجمالاً[٢]. انتهى مع تلخيص منّا.

وفي ما ذكره مجال للنظر طوينا البحث عنه وأوكلناه إلى كتاب الزكاة، وهو الموفّق.

لو باع مالك النصفِ النصفَ

(**) الوجه في ذلك أمران:

---

(١) قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٢٠.

(٢) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٦٦٦ ـ ٦٦٧.

أحدهما: ظهور النصف في مقام التصرّف والتمليك وانصرافه إلى نصفه المختصّ، ولذا لو قال: «بعت غانماً» وهو مشترك بين عبد غيره وعبده ينصرف إلى عبده إجماعاً كما في المكاسب[1] عن فخرالدين رحمه الله.

ثانيهما: أنّ الظاهر أنّ البيع يكون لنفسه بدون اعتقاد كونه مالكاً لمال الغير أو بانياً على التملّك والغصب، والظهوران مقدّمان على ظهور النصف في الإشاعة بين الحصّتين لو سلّم.

وهنا وجه ثالث لاختيار وقوع البيع بالنسبة إلى نصفه المختصّ بنفسه، بأن يقال:

إنّ ظهور النصف ـ مع قطع النظر عن مقام التصرّف ـ في النصف المشاع بين الحصّتين ممنوع، فإنّه ليس ظاهراً إلّا في أصل النصف المشاع القابل للانطباق على جميع أفراده: من نصفه المختصّ أو نصف شريكه أو المشاع بين الحصّتين بالاختلاف أو بالتساوي، وحينئذٍ يقال: إنّ النصف المذكور وقع مورداً للتمليك الفعليّ، فالمحصّل من ظاهر الصيغة وقوع التمليك الفعليّ على أصل النصف، ولا ريب أنّ النصف القابل لوقوع التمليك الفعليّ متّصفاً بالصحّة العرفيّة والشرعيّة لا ينطبق إلّا على نصفه المختصّ به. وهذا من غير فرق بين كون البائع قاصداً لخصوص نصفه أو لم يكن قاصداً إلّا لمفهوم النصف القابل للتمليك واقعاً أو كان غير مبالٍ وكان قصده إعطاء نصف الدار إلى المشتري، من غير فرق بين أن يكون هو نصفه المختصّ به أو المشترك أو المختصّ بشريكه، فإنّ دليل الصحّة يحكم بصحّته، لوجود الفرد الصحيح له وبعينه في ماله، فهو كمن باع صاعاً من صبرة مشتركة بينه وبين غيره، فإنّه لا وجه لعدم صحّة البيع، فإنّ تمليك النصف لا مانع منه لكن لابدّ من انطباقه في مقام الوفاء على نصيبه. وهذا نظير من يبيع طعاماً سلفاً بثمن معيّن فيصحّ منه، لصلاحيّة تملّكه وتمكّنه من أدائه من ملكه، بل ما نحن فيه أولى منه بالصحّة، فإنّه مالك لمصداق ما يبيعه بخلاف مورد السلف، فإذا صحّ فلا يمكن أن يكون صحيحاً إلّا بالنسبة إلى نصفه المختصّ به.

---

(١) ج ٣ ص ٥٢٢.

ويحتمل الإشاعة، فيقف في نصف نصيب الآخر على الإجازة. أمّا الإقرار فيُبنىٰ على الإشاعة قطعاً، فلو قال: «نصف الدار لك» أو قال مع ذلك: «والنِصف الآخر لي ولشريكي» وكذّبه الشريك فللمقرّ له ثلثا ما في يده*.

↙ إن قلت: ما ذكرت من عدم ظهور النصف في المشاع بين الحصّتين منافٍ لما ذكروه في باب الإقرار من حمله على الإشاعة قطعاً كما في عبارة المتن، وقال السيّد الماجد﷫ بعد العبارة المذكورة: كما عن نهاية الإحكام والإيضاح وفي المسالك في باب الصلح أنّ ذلك قاعدة وظاهره أنّها مجمع عليها[1].

قلت: فرق واضح بين التمليكِ الّذي هو إنشاء يمكن تعلّقه بما ليس متعيّناً في الخارج وكثيراً ما يكون متعلّقه كذلك والإقرارِ الّذي هو بحكم الإخبار عن الواقعيّات. فإنّا لم نجد ولم نسمع إلى الآن أن يملك أحد نصف الدار بنحو الكلّيّ في المعيّن القابل للانطباق على نصفه ونصف شريكه أو عليهما، فلا محالة إمّا يملك النصف المختصّ بالمقرّ أو المنكر أو المشاع بين الحصّتين، ولاريب أنّ الأوّلين يحتاج إلى التقييد بخلاف الثالث.

لو أقرّ من بيده النصف بالنصف لثالث

(*) هذا هو الّذي يظهر من المكاسب[2] وغيره أنّهم﷩ أفتوا به.

وخلاصة ما ذكروه في وجهه أنّ استيلاءَ يد المنكر في مثال المتن على النصف المشاع وإنكاره أن يكون النصف للمقرّ له موجبٌ لإتلاف ربع من المال وعدم كونه بيد مستحقّه. وهذا الإتلاف لايكون متعيّناً في أن يكون بالنسبة إلى المقرّ له فنسبته إليه وإلى الشريك الّذي هو المقرّ واحدة، فالربع الّذي يكون في يد المنكر مشترك بين المقرّ والمقرّ له بنسبة استحقاقهما وهو الثلث والثلثان. وكذا ما في يده، فمجموع ما في يد ↖

---

(١) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٦٥٦.

(٢) ج ٣ ص ٥٢٥.

◄ المقرّ له والمقرّ والربع الّذي يكون بيد المنكر من غير استحقاق على حسب زعمهما مشتركٍ بينهما بنحو الثلث والثلثين، فما تلف فهو منهما ومابقي فهو لهما بنسبة ذلك، فالمغصوب بزعمهما ثلثه للمقرّ وثلثاه للمقرّ له. وما في يده أيضاً كذلك، لعدم وجه لتعيّن المغصوب في مال المقرّ له وتعيّن غيره في مال المقرّ.

لكنّ الظاهر أنّ مورد كلامهم هو ما كان استيلاء كلّ من المنكر والمقرّ على المال بنحو الإشاعة بلاتحقّق إفرازمنهمابالنسبةإلى العين أو المنافع، فإنّه لو فرض الإفراز بين المنكر والمقرّ في العين أو المنفعة فلا مانع من الإفراز بالنسبة إلى خصوص سهميهما، بأن ينقل المنكر في مثال المتن ما هو مالكه في النصف المخصوص إلى المقرّ في قبال ما يملّكه المقرّ في النصف الآخر، فحينئذٍ لايكون غصب بالنسبة إلى المقرّ، لوقوع المبادلة وإعطاء ما يملّكه المنكر بدلاً عمّا يملّكه المقرّ في النصف الآخر. فإذا فرض نصفان مفروزان كان المقرّ مالكاً لربع كلّ واحد منهما والمنكر كذلك. والإفراز الّذي هو في حكم التبادل الإنشائيّ بل هو عينه من حيث المصداق يوجب أن يكون المنكر مالكاً لنصف أحد النصفين بالخصوص والمقرّ مالكاً للنصف الآخر، لوقوع المبادلة بينهما، فلا يكون المنكر غاصباً إلّا بالنسبة إلى مال المقرّ له بزعم المقرّ له.

وهذا الكلام جارٍ في غير صورة الإقرار أيضاً، بأن يكون أحد الشريكين معترفاً بالغصب وكان غصبه معلوماً لدى نفسه وشريكه، فإنّه يكون لبعض الشركاء الإقدام على التصالح بالنسبة إلى سهمهما فيتصالح الغاصب مع أحد الشركاء حتّى لايكون غاصباً بالنسبة إليه بل يكون غاصباً بالنسبة إلى شريكه الآخر بالخصوص.

نعم، لا يتصوّر بحسب الظاهر توجّه الغصب إلى خصوص بعض السهام مع حفظ الإشاعة، فلابدّ للتخلّص من ذلك من الإفراز وتعيّن سهم الغاصب في خصوص قسمة خاصّة وسهم بعض الشركاء في خصوص القسمة الأُخرى.

وبذلك يمكن توجيه ماورد في الإقرار بالنسب وأفتى على طبقه المشهور على ►

ولو قال: «والنصف الآخر لي» أو «الدار بيني وبينك نصفان» أُخذ نصف ما في يده[١] *.

ولو باع اثنان عبدين غير مشتركين صفقةً بسط الثمن على القيمتين**، اتّفقتا أو اختلفتا[٢].

ما في مكاسب الأنصاريّ من إلزام المقرّ في حصّته بقدر ما ورث[٣]،فراجع وتأمّل.

(*) والوجه فيه واضح حتّى في صورة الإفراز مع الغاصب، إذ الإفراز معه في حكم العدم خالٍ عن الأثر، فمجموع المال بينهما نصفين بحسب إقرار المقرّ، فما تلف كان منهما وما بقي كان لهما بالمناصفة في الفرض المذكور.

لو باع اثنان عبدين غير مشتركين

(**) فإنّه لا وجه للبطلان إلّا الجهل بالثمن بالنسبة إلى كلّ منهما.

وفيه: أنّ الثمن في مقابل المجموع، وهو معلوم. والجهل بما يخصّ كلّ من الجزءين من الثمن لو كان مضرّاً بالمعاملة لكان كثير من البيوع باطلاً كما لا يخفى. هذا.

مع أنّ الحكم بالبطلان مطلقاً كما عن الخلاف[٤] وفي صورة الاختلاف في القيمة كما عن المبسوط[٥] لا يستقيم بنحو الإطلاق، إذ يمكن أن تكون القيمتان حين البيع معلومتين لدى الطرفين وكان المقصود تقسيط الثمن على حسب القيمة المعلومة لدى الطرفين فحينئذٍ لابدّ من الحكم بالصحّة. هذا.

مع أنّ الحكم بالبطلان في المسألة وبالصحّة في مسألة من باع ما يملك وما لا يملك متنافيان،فإنّ من يقع البيع في كلّ منهما متعدّد فلابدّ من تعدّد البيع فيهما أو الوحدة فيهما.

(١ و ٢) قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٢٠.

(٣) المكاسب: ج ٣ ص ٥٢٧ ـ ٥٢٨.

(٤ و ٥) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٦٦٨.

المسألة التاسعة عشر: ليس للمملوك أن يبيع أو يشتري إلّا بـإذن مولاه[١]*.

↲ ومن ذلك يظهر الكلام في ما لو كان المشتري متعدّداً والبائع واحداً فباع عبدين أو كتابين كلّ واحد منهما من شخص بثمن معيّن في قبال المجموع في ذمّة كلّ واحد منهما بنسبة القيمة الواقعيّة الّتي تكون لهما وإن جزم في ما حكى في مفتاح الكرامة عن المبسوط أنّه يجب أن يكون الثمن معلوماً في كلّ واحد منهما[٢].

فإن تعدّد البائع وكذا من يباع له كما في ما يملك وما لايملك وتعدّد المشتري كما في الفرض مع فرض وحدة الثمن وجعله في قبال المجموع يكون في حكم واحد، إذ الملاك في الكلّ واحد، فإنّه لو كان جعل ثمن واحد في قبال المجموع موجباً لكون البيع واحداً وكان العلم بالثمن بملاحظة المجموع كافياً فلابدّ من الحكم بالصحّة في الكلّ، وإلّا فلابدّ من الحكم بالبطلان إلّا في فرض معلوميّة ثمن كلّ منهما لدى البيع.

ليس للمملوك أن يبيع إلّا بإذن مولاه

(*) **قال المؤسّس الأنصاريّ**: سواء كان لنفسه في ذمّته أو بما في يده أم لغيره[٣].

قال‌ﷺ في الجواهر بعد قول المحقّق‌ﷺ «لم يصحّ»: «قطعاً» إلّا أنّه اختار الصحّة إذا كان العقد واقعاً عن غيره حتّى مع نهي المولى إلّا أنّه يكون عاصياً[٤].

وكيف كان، فيستدلّ على البطلان مطلقاً بصحيح زرارة المرويّ في الوسائل عن الصدوق والشيخ‌ﷺ عن أبي جعفر وأبي عبدالله‌ﷺ، قالا: «المملوك لايجوز طلاقه ولانكاحه إلّا بإذن سيّده». قلت:فإنّ السيّد كان زوّجه،بيد من الطلاق؟قال:«بيد السيّد ↰

---

(١) قواعد الأحكام: ج ٢ ص ١٨.

(٢) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٦٦٨.

(٣) المكاسب للشيخ الأنصاريّ‌ﷺ: ج ٣ ص ٣٣٧.

(٤) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٤٣٨ ـ ٤٣٩.

المسألة العشرون: يشترط إسلام المشتري إذا اشترى مسلماً*

↵ ﴿ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾ (١) أفشيء الطلاق؟!» (٢).

ويدلّ عليه غيره فراجع الوسائل (٣).

وممّا ذكرنا يظهر أنّ إطلاق الحكم بالبطلان وفاقاً للشيخ الأنصاريّ ﷺ كما عرفت وخلافاً لصاحب الجواهر ﷺ في بادئ النظر أقوى، وذلك لإطلاق الصحيح المستدلّ فيه بإطلاق الآية الشريفة.

يشترط إسلام المشتري إذا كان المبيع مسلماً

(*) **قال ﷺ في المكاسب**: يشترط في من ينتقل إليه العبد المسلم ـ ثمناً أو مثمناً ـ أن يكون مسلماً، فلا يصحّ نقله إلى الكافر عند أكثر علمائنا، كما في التذكرة، بل عن الغنية: عليه الإجماع، خلافاً للمحكيّ في التذكرة عن بعض علمائنا (٤).

قال السيّد الماجد ﷺ: وفي مجمع البرهان: أنّه المشهور. وفي المبسوط: أنّ فيه خلافاً. وفي المختلف: قيل: إنّه يجوز ويجبر على بيعه من مسلم. ونحوه ما في الشرائع. ـ إلى أن قال: ـ واحتمله في نهاية الإحكام (٥).

أقول: يستدلّ على ذلك بأُمور:

منها: الآية الشريفة قوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَـٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ (٦).

ومنها: ماورد من الأمر ببيع العبد الّذي أسلم وهو في يد الكافر من المسلمين من ↵

---

(١) سورة النحل: ٧٥.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٢٢ ص ١٠١، الباب ٤٥ من أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه.

(٣) ج ٢١ ص ١٤٩، الباب ٤٥ وص ١٨٤، الباب ٦٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٤) المكاسب للشيخ الأنصاريّ ﷺ: ج ٣ ص ٥٨١.

(٥) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٥٦١ ـ ٥٦٢.

(٦) سورة النساء: ١٤١.

﴿ جانب الكافر ودفع ثمنه إليه[١]، الدالّ على كون مملوكيّة المسلم للكافر مبغوضةً في الشريعة الغرّاء المستلزمة لعدم اعتبارها من جانب الشارع الّذي بيده الاعتبار.

ومنها: ما نقل مرسلاً في كتب الأصحاب عنه ﷺ من قوله: «الإسلام يعلو ولا يُعلىٰ عليه»[٢].

قال ﷺ في المكاسب: إنّه منجبر بعمل الأصحاب واستدلالهم به في موارد متعدّدة حتّى في عدم جواز علوّ بناء الكافر على بناء المسلم[٣].

والكلّ مخدوش:

أمّا الآية الشريفة فلأنّها بعض من الآية الشريفة، وهو مصدّر بقوله تعالى: ﴿فَاللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ ٱلْقِيَـٰمَةِ﴾، فالظاهر أنّ موردها يوم القيامة وأنّه تعالى لايجعل سبيلاً لاحتجاج الكافرين على المؤمنين.

وأمّا الثاني فلأنّ المستفاد منه أنّ المحبوب الإلزاميّ رفع الملكيّة برفع سببها وإيجاد سببها بالنسبة إلى المسلم المستلزم لمبغوضيّة بقاء الملكيّة بإبقاء سببها المستلزم عرفاً لمبغوضيّةإحداث الملكيّة بإحداث سببها مع التحفّظ على أسباب الملكيّة، ولذا لميحكم فيه بالانفساخ القهريّ بمحض إسلام العبد الكافر الّذي يكون في يد المولى الكافر، بل حكم فيهبإيجاد السبب لملكيّةالمسلم ليرتفع به مقتضى السبب الأصليّ الّذي صار العبد به ملكاً للكافر، فالتحفّظ على السببيّة في مقام البقاء يقتضي على فرض صحّة القياس التحفّظَ على السببيّة أيضاً في مرحلة الحدوث، فهو على صحّة البيع أدلّ.

مع إمكان المناقشة في القياس المذكور، إذ يمكن أن يكون الإبقاء في يده مبغوضاً، لا صِرف الحدوث في ملكه مع وجوب تخليصه عن يده، فتأمّل.

وأمّا الثالث فعلى فرض الانجبار بالعمل وعدم كون الاستناد إليه علىوجهالتأييد ﴾

---

(١) راجع وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٨٠، الباب ٢٨ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٢٦ ص ١٤ ح ١١ من ب ١ من أبواب موانع الإرث.

(٣) المكاسب للشيخ الأنصاريّ ﷺ: ج ٣ ص ٥٨٢.

إلّا أباه ومن ينعتق عليه*، أو إذا اشترى مصحفاً**.

فلاريب أنّه يصحّحه من حيث السند،وأمّا الدلالة فلابدّمن الرجوع إلىظاهره بحسب ما يستفاد منه عرفاً، والظاهر أنّه ليس في مقام الأمر والنهي، بأن يكون المقصود أنّه لابدّ من السعي في إعلاء الإسلام وما يتعلّق به والنهي عن الإعلاء عليه، بل هو إخبار بحسب الظاهربأنّهلايغلب دين آخرعلىدين الإسلامبل هويغلب على غيره.وهو العالم.

(*) **هو كما في الشرائع:** أن يملك الرجل أو المرأة أحد الأبوين وإن علوا، أو أحد الأولاد ـ ذكراناً وإناثاً ـ وإن نزلوا. وكذا أن يملك الرجل إحدى المحرّمات عليه نسباً. ولو ملك الرجل من جهة الرضاع من ينعتق عليه بالنسب هل ينعتق عليه؟ فيه روايتان، أشهرهما العتق[1].

قالﷺ في المكاسب: المراد به الأعمّ ممّن ينعتق عليه واقعاً كالأقارب، أو ظاهراً كما لو أقرّ الكافر بحرّيّة مسلم ثمّ اشتراه، أو بأن يقول الكافر للمسلم: أعتق عبدك عنّي بكذا. نقله عن التذكرة[2].

أقول: الوجه في الكلّ أنّ الدليل هو كون ملكيّته سبيلاً على المسلم، وليست الملكيّة الآنيّة الّتي لا تقبل إلّا الانعتاق والخروج عن الملك واقعاً أو ظاهراً سبيلاً وسلطنةً كما لايخفى. هذا.

مضافاً إلى أنّه نقل في المكاسب[3] عن السرائر الإجماع عليه في الجملة.

يشترط إسلام المشتري إذا كان المبيع مصحفاً

(**) **قال السيّد الماجد**ﷺ: وقالوا: فـي حكم العبد المسلم المصحف وأبعاضه كما فـي المفاتيح. والمصرّح بـه العلّامـةﷺ فـي بعض كتبه وولـده والشهيدان والمحقّق

---

(١) شرائع الإسلام: ج ٣ و ٤ ص ٦٦٧.
(٢) المكاسب للشيخ الأنصاريّ ﷺ: ج ٣ ص ٥٩٢.
(٣) ج ٣ ص ٥٩٣.

الثاني[1]. انتهى ملخّصاً.

وقال ﷺ في المكاسب: المشهور عدم جوازه، ذكره الشيخ والمحقّق والعلّامة وجمهور من تأخّر عنه.

واستدلّوا عليه بوجوب احترام المصحف، وفحوى المنع من بيع العبد المسلم من الكافر.

وفي إلحاق الأحاديث النبويّة به كما في المبسوط والكراهة كما هو صريح الشرائع ونسب إلى المشهور قولان تردّد بينهما في التذكرة[2]. انتهى ملخّصاً.

أقول: قد ظهر من ذلك عدم معلوميّة وجود شهرة عند القدماء، ومن الاستدلال بما تقدّم عدم صدور دليل من مصادر الوحي على النهي عنه.

فليس في البين إلّا أمران أشير إليهما:

أحدهما: أنّ بيعه من الكافر خلاف الاحترام الواجب مراعاته.

ثانيهما: القياس بالعبد المسلم.

ويمكن الاستدلال عليه بأنّه إعانة على الإثم، من حيث القطع بأنّ الكافر يمسّ خطوطه، وهو حرام، لأنّه ﴿لَّا يَمَسُّهُۥٓ إِلَّا ٱلۡمُطَهَّرُونَ﴾[3].

وفي الكلّ ما لا يخفى:

أمّا في الأوّل فلأنّه لو فرض كون الكافر تاجراً للكتب ولا يتصرّف فيه بالقراءة والمسّ بل يشتري ويبيع الكتب الّتي منها المصحف فالظاهر أنّه ليس خلاف الاحترام كما أنّه يشكّ ذلك في من يحترم القرآن ويُرجى منه الهداية.

مضافاً إلى أنّه لا يدلّ على الفساد، فتأمّل.

وأمّا الثاني ففي المقيس عليه والمقيس إشكال:

أمّا الأوّل فقد تقدّم.

---

(١) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٥٦٤.

(٢) المكاسب للشيخ الأنصاريّ ﷺ: ج ٣ ص ٦٠١ ـ ٦٠٢.

(٣) سورة الواقعة: ٧٩.

وهل يصحّ له استيجار المسلم؟ الأقرب المنع [١] *.

↲ وأمّا الثاني فلعلّ الملاك فيه تأذّي العبد المسلم من جانب الكافر في النوع والغالب، وهو مفقود في المقام.

وأمّا الثالث فهو أخصّ من المدّعىٰ.

مع أنّ في نجاسة الكافر إشكالاً خصوصاً في الكتابيّ منه.

استيجار الكافر للمسلم

(*) **قال السيّد الماجدﷺ**: كما هو خيرة الإيضاح والدروس. وفي جامع المقاصد والمسالك والروضة وغيرها: أنّها إن كانت على عمل في الذمّة يجوز لانتفاء السبيل، وإن كانت على العين لم يجز. وفي الخلاف: إذا استأجر كافر مسلماً لعمل في الذمّة صحّ بلاخلاف، وإذا استأجره مدّة من الزمان شهراً أو سنةً ليعمل عملاً صحّ أيضاً عندنا. قال السيّدﷺ: ظاهره نفي الخلاف بين المسلمين في صحّة الاستيجار على الذمّة، والإجماع منّا على صحّته على العين أيضاً [٢]. انتهى مع إسقاط وتلخيص.

وفي المكاسب عن ظاهر الدروس صحّة الاستيجار في ما إذا كان الأجير المسلم حرّاً وبطلانه في غيره على ظاهره [٣].

أقول: فملخّص الأقوال في المسألة أربعة:

الأوّل: المنع مطلقاً.

الثاني: الجواز مطلقاً.

الثالث: التفصيل بين كون مورد الإجارة عملاً في الذمّة فتجوز وتصحّ، وبين ما كانت متعلّقةً بالعين فلا تصحّ. ↰

---

(١) قواعد الأحكام: ج ٢ ص ١٧.

(٢) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٥٧٢ ـ ٥٧٣.

(٣) المكاسب للشيخ الأنصاريّﷺ: ج ٣ ص ٥٨٧ ـ ٥٨٨.

الرابع: التفصيل بين كون الأجير حرّاً فيصحّ الاستيجار وكونه عبداً فلا يصحّ.

وقد يوجّه ذلك بأنّه لا يثبت يد من المستأجر على الأجير الحرّ بخلاف العبد.

قال السيّد الماجد‌: ويؤيّده [أي جواز الاستيجار مطلقاً] ماورد في الأخبار من أنّ أميرالمؤمنين‌ كان يوجر نفسه الشريفة من اليهود ليسقي لهم النخل كلّ دلو بتمرة[1]. وكفاك ماورد من الأخبار في قصّة نزول سورة «هل أتى» الدالّة على غزل فاطمة‌ الصوف لليهود بأصواع من الشعير[2]. وحملُ ذلك على ما اذ كانت في الذمّة بعيدٌ[3].

أقول: يكفي في صحّتها عدم الدليل على الفساد، فإنّ العمدة هي الآية الشريفة المتقدّمة[4]، فإنّه لو كان صِرف جواز مطالبة المسلم بالعمل سبيلاً لم يجز استدانة المسلم من الكافر، ولا البيع منه، لأنّه يستحقّ عليه المطالبة بالمبيع بعد إقباض الثمن.

مع أنّه لو كانت الآية الشريفة في مقام بيان حكم تشريعيّ ـ كما هو المفروض ـ فليس ذلك إلّا للامتنان على المسلم مثل قاعدتي نفي الضرر والحرج، ولاريب أنّ الحكم ببطلان صيرورة المسلم أجيراً ربما يكون موجباً للضيق على المسلم، وهو مخالف لما يختاره بحسب ما يراه في جميع أفراده.

نعم، يمكن أن يقال: إنّ للعبد أن يمتنع عن صيرورته أجيراً عند الكافر، فإنّ نفي السبيل عنه موافق للامتنان.

ثمّ إنّه على فرض جعل الخيار للأجير المسلم فالظاهر أنّه ممّا لاينبغي فيه الإشكال في جميع الموارد.

ومنه يظهر إشكال آخر في إطلاق القول بعدم جواز بيع العبد المسلم من الكافر، فإنّ صدق السبيل ـ على فرض الغضّ عمّا مرّ ـ على صورة اشتراط خيار الفسخ لنفس العبد ممنوع.

---

(١) بحارالأنوار: ج ٣٨ ص ٣٠٦ ح ٦ وج ٤١ ص ٣٩ ح ١٧.

(٢) راجع بحارالأنوار: ج ٣٥ ص ٢٣٧ ح ١ وص ٢٤٣ ح ٤ وص ٢٤٥ ح ٦ من باب نزول هل أتى.

(٣) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٥٧٣.

(٤) في ص ٢٦٩.

المسألة الحادية والعشرون: يجوز للأب* والجدّ**

ولاية الأب على الصغير

(*) بلاخلاف في ذلك، بل الإجماع بقسميه عليه. مضافاً إلى النصوص المستفيضة أو المتواترة كما في الجواهر[1].

ولاية الجدّ على الصغير

(**) **قال** في **الجواهر**: وإن كان أكثر الأخبار أو جميعها في الأب لكن يمكن إرادة ما يشمل الجدّ منه هنا ولو للقرينة. على أنّ في الإجماع المزبور كفاية[2].

أقول: حيث إنّ مسألة الولاية من أُمّهات المسائل فالأولى استيفاء الكلام بقدر ما يناسب هذا التأليف في ذكر أدلّة المقام، وهو الموفّق من المبدأ إلى الختام:

ففي صحيح محمّد بن مسلم عن أبي جعفرعليه السلام أنّه قال في الرجل يتصدّق على ولده وقد أدركوا: «إذا لم يقبضوا حتّى يموت فهو ميراث، فإن تصدّق على من لم يدرك من ولده فهو جائز، لأنّ والده هو الّذي يلي أمره ...»[3].

وخبر عبيد ـ المظنون اعتباره ـ عن أبي عبداللهعليه السلام أنّه قال في رجل تصدّق على ولد له قد أدركوا، قال: «إذا لم يقبضوا حتّى يموت فهو ميراث، فإن تصدّق على من لم يدرك من ولده فهو جائز، لأنّ الوالد هو الّذي يلي أمره ...»[4].

قال في الوسائل: ورواه الصدوق بإسناده عن الحسين بن سعيد مثله[5].

ولايخفى كفاية الخبرين سنداً ومتناً في الدلالة على ولاية الأب مطلقاً، فإنّ مفاد

(١) ج ٢٣ ص ٥١٨.
(٢) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٥١٨.
(٣) وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ١٧٨ ح ١ من ب ٤ من أبواب الوقوف والصدقات.
(٤) وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ١٨٠ ح ٥ من ب ٤ من أبواب الوقوف والصدقات.
(٥) وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ١٨٠.

◄التعليل أمر عامّ شامل لجميع الموارد المناسبة للولاية من العقد والطلاق وهبة المدّة في المتعة من الأُمور الّتي يوجد بها اعتبار من الاعتبارات العقلائيّة من الملكيّة وإزالتها والزوجيّة وإزالتها وغيرها ممّا هو دخيل في حصول الاعتبار أو تنجّزه ولزومه، كالقبض المتحقّق في مورد الخبرين، والتصرّفِ المسقط لخيار الحيوان.

ولا يبعد أن يقال بشمول الخبر خصوصاً ما صدر عنه في الصدر من قوله: «الرجل يتصدّق على ولده» للجدّ أيضاً، خصوصاً إذ أُريد في ضمن الولد الّذي لا واسطة بينه وبين الرجل، خصوصاً مع تعارف التصدّق على الولد النازل ولو في ضمن التصدّق على العالي. فإنّ بناء الوقف على التأبيد، فتأمّل.

ويدلّ عليه في الجملة الصحيح عن ابن أبي عمير عن غير واحد من أصحابنا عن أبي عبدالله عليه السلام، وفيه: «ومتى طلّقها قبل الدخول بها فلأبيها أن يعفو عن بعض الصداق ويأخذ بعضاً، وليس له أن يدع كلّه، وذلك قول الله عزّوجلّ: ﴿إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾[١] يعني الأب والّذي توكّله المرأة وتولّيه أمرها من أخ أو قرابة أو غيرهما»[٢].

وهو يدلّ على أُمور:

منها: كون الآية المذكورة شاملة للأب، فهو صريح في ولايته على عقدة النكاح.

ومنها: أنّ له العفو عن بعض المهر بدون أن يجعله عوضاً عن الطلاق، إذ المفروض وقوع الطلاق قبل ذلك. مع أنّه لايصدق عليه العفو حينئذٍ، فلعلّ المستفاد منه جواز مراعاة الإنصاف بالنسبة إلى غير الصبيّة بالعفو عن بعض المهر ولو لم يكن بنفعها.

ومنها: أنّه ربما يستفاد منه بضمّ تطبيق الآيةالشريفة على الوكيل الّذي حوّلت أمرها إليهأنّ كونهبحيث يكون بيدهعقدة النكاح كافٍ فينفوذعفوه ولو فيمقام الإثبات وجواز ترتيب أثر العفوللزوج حتّى يعلم أنّه لميكن وكيلاًبنحو الإطلاق بحيث يشمل العفو.►

(١) سورة البقرة: ٢٣٧.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ١٦٨، الباب ٧ من كتاب الوكالة.

ويدلّ على الحكم ما استفاض نقله عن النبيّ صلى الله عليه وآله من قوله لرجل: «أنت ومالك لأبيك»:

ففي الصحيح عن محمّد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن الرجل يحتاج إلى مال ابنه، قال: «يأكل منه ما شاء من غير سرف». وقال: «في كتاب عليّ عليه السلام: إنّ الولد لا يأخذ من مال والده شيئاً إلّا بإذنه والوالد يأخذ من مال ابنه ما شاء، وله أن يقع على جارية ابنه إذا لم يكن الابن وقع عليها. وذكر أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال لرجل: «أنت ومالك لأبيك»[(١)].

وعنه عن أبي حمزة الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام: «إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال لرجل: أنت ومالك لأبيك». قال أبو جعفر عليه السلام: «ما أُحبّ أن يأخذ من مال ابنه إلّا ما احتاج إليه ممّا لابدّ منه إنّ الله لايحبّ الفساد»[(٢)].

وخبر الحسين بن أبي العلاء، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ما يحلّ للرجل من مال ولده؟ قال: «قوته بغير سرف إذا اضطرّ إليه»، قال: فقلت له: فقول رسول الله صلى الله عليه وآله للرجل الّذي أتاه فقدّم أباه وقال: «أنت ومالك لأبيك»، فقال: «إنّما جاء بأبيه إلى النبيّ صلى الله عليه وآله فقال: يا رسول الله هذا أبي وقد ظلمني ميراثي من أُمّي فأخبره الأب أنّه قد أنفقه عليه وعلى نفسه، وقال: أنت ومالك لأبيك، ولم يكن عند الرجل شيء أو كان رسول الله صلى الله عليه وآله يحبس الأب للابن؟!»[(٣)].

وعن العلل عن الرضا عليه السلام في تعليل تحليل مال الولد للوالد بغير إذنه، وفيه: «ولقول النبيّ صلى الله عليه وآله: أنت ومالك لأبيك»[(٤)].

وفي خبر عبيد بن زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام: قال: «إنّي لذات يوم عند زياد بن

(١) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٢٦٢ ح ١ من ب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به.
(٢) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٢٦٣ ح ٢ من ب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به.
(٣) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٢٦٥ ح ٨ من ب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به.
(٤) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٢٦٦ ح ٩ من ب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به.

عبدالله إذا جاء رجل يستعدي على أبيه فقال: أصلح الله الأمير، إنّ أبي زوّج ابنتي بغير إذني، فقال زياد لجلسائه الّذين عنده: ما تقولون في ما يقول هذا الرجل؟ فقالوا: نكاحه باطل». قال: «ثمّ أقبل عليّ فقال: ما تقول يا أبا عبدالله؟ فلمّا سألني أقبلت على الّذين أجابوه، فقلت لهم: ألستم في ما تروون أنتم عن رسول الله صلى الله عليه وآله أنّ رجلاً جاء يستعديه على أبيه في مثل هذا فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: أنت ومالك لأبيك؟ قالوا: بلى، فقلت لهم: فكيف يكون هذا وهو وماله لأبيه ولايجوز نكاحه؟ ...»[١].

وفي المستدرك عن كتاب العلاء عن ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله لرجل: أنت ومالك لأبيك»[٢].

وعن كتاب الأخلاق لأبي القاسم الكوفيّ عنه صلى الله عليه وآله أنّه قال رجل له صلى الله عليه وآله: إنّ أبي ليأخذ من مالي ليأكله، فقال: «أنت ومالك لأبيك»[٣].

وعنه قال رجل لأمير المؤمنين عليه السلام: كان لي عبد فأعتقه والدي عليّ من غير أمري ولا رضاي، فقال: «والدك أملك بك وبمالك منك، فإنّك ومالك من هبة الله لوالدك»[٤].

والأخيران وإن لم يكونا منقولين عنه صلى الله عليه وآله إلّا أنّهما يؤيّدان المقصود كمعتبر سعيد بن يسار، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: أيحجّ الرجل من مال ابنه وهو صغير؟ قال: «نعم»، قلت: يحجّ حجّة الإسلام وينفق منه؟ قال: «نعم، بالمعروف». ثمّ قال: «نعم، يحجّ منه وينفق منه، إنّ مال الولد للوالد، وليس للولد أن يأخذ من مال والده إلّا بإذنه»[٥].

تقريب الاستدلال بالمستفيض عنه صلى الله عليه وآله أو ما يقرب منه بعد تطبيقه على مال الكبير والصغير أنّه ليس المقصود من كون المال للوالد أنّه يملك مال ولده الكبير أو الصغير،

---

(١) وسائل الشيعة: ج ٢٠ ص ٢٩٠ ح ٥ من ب ١١ من أبواب عقد النكاح.

(٢) مستدرك الوسائل: ج ١٣ ص ١٩٦ ح ١ من ب ٦٢ من أبواب ما يكتسب به.

(٣) مستدرك الوسائل: ج ١٣ ص ١٩٧ ح ٦ من ب ٦٢ من أبواب ما يكتسب به.

(٤) مستدرك الوسائل: ج ١٣ ص ١٩٧ ح ٧ من ب ٦٢ من أبواب ما يكتسب به.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٢٦٤ ح ٤ من ب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به.

◄ لأنّه خلاف الضرورة وخلاف عدّة أُخرى من الأخبار، بل هو مخالف لبعض ما تقدّم من الأخبار المشتمل على الجملة المزبورة، كخبر أبي حمزة الثماليّ المتقدّم[١]؛ بل الظاهر بقرينة وحدة ما هو المقصود من الأمّ المتعلّق بالابن الحرّ غير المملوك لأحد والمتعلّق بماله وبقرينة ما تقدّم[٢] من المنقول عن أميرالمؤمنين عليه السلام من قوله عليه السلام: «فإنّك ومالك من هبة الله لوالدك» أنّ المقصود من الاختصاص المستفاد من اللام هو الاستناد إلى الأب في الوجود، فوجود الولد مستند إليه كما أنّ وجود مالٍ مضافٍ إليه مستند إليه أيضاً بالتبع، والملاك المذكور موجب لولايته على الصغير وجواز أخذ مقدار الحاجة من ماله، أو من مال الكبير، لأنّه ممّن يجب عليه نفقته. لكن له أن يأخذ منه بمقدارها بغير إذنه، وهو الفارق بينه وبين الولد.

إن قلت: فعلى هذا لا يدلّ الكلام المنقول عنه صلّى الله عليه وآله إلّا على التنبيه على أمر تكوينيٍّ وحقيقةٍ حاصلةٍ في الخارج، فهو أجنبيّ عن الولاية على الصغار والكبار.

قلت: الاستدلال به للمقصود من أجل صدوره في مقام كونه علّةً لجواز أخذ الأب من مال ابنه بلا استيذان منه بمقدار نفقته كما في خبر العلل المتقدّم[٣] ويستفاد من صحيح محمّد بن مسلم وخبر أبي حمزة الثماليّ المتقدّمين[٤]، فيقال: إذا صحّ الملاك المذكور أن يكون علّةً لجواز تصرّف الوالد لمصلحة نفسه في مال الطفل مع كونه ضارّاً عليه وموجباً لنقص ماله في حال كونه كبيراً فصيرورته علّةً له لمصلحة الطفل أو في ما لم يكن مضرّاً عليه أولى.

ومنها: الاستدلال به على ولاية الجدّ على النكاح كما في خبر عبيد بن زرارة[٥].

ومنها: صدوره في مقام إسكات الابن وعدم سماع دعواه على أبيه في ظلمه عليه في ميراث أُمّه، فإنّه لو كان الملاك المذكور صالحاً لذلك فهو موجب لولايته عليه على طبق مصلحته بالأولويّة. ◄

(١ و٣) في ص ٢٧٧.
(٢) في ص ٢٧٨.
(٤ و٥) في ص ٢٧٧.

﴿ ويدلّ على الحكم لولا المناقشة في السند خبر محمّد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه سُئل عن رجل أوصى إلى رجل بوُلده وبمال لهم وأذن له عند الوصيّة أن يعمل بالمال، وأن يكون الربح بينه وبينهم، فقال: «لا بأس به، من أجل أنّ أباهم قد أذن له في ذلك وهو حيّ»[١].

ويدلّ على ولايتهما وتقديم الجدّ على الأب عند التعارض ما في الوسائل عن قرب الإسناد عن عبدالله بن الحسن عن عليّ بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام، قال: سألته عن رجل أتاه رجلان يخطبان ابنته فهوى أن يزوّج أحدهما وهوى أبوه الآخر، أيّهما أحقّ أن ينكح؟ قال: «الّذي هوى الجدّ أحقّ بالجارية، لأنّها وأباها للجدّ»[٢].

قال: ورواه عليّ بن جعفر في كتابه[٣]. فالسند لا يخلو عن الاعتبار، ومتنه يدلّ على ولاية الأب والجدّ وتقدّم الجدّ على الأب عند التعارض.

إن قلت: إطلاق الخبر شامل للكبيرة الباكرة وغيرها، ولاحقّ للأب فكيف بالجدّ على غير الباكرة؟! فحينئذٍ يكون الحكم المذكور استحبابيّاً، إذ أصل الاتّكال إلى نظر الوليّ ليس على نحو الإيجاب والحقّ الإلزاميّ مطلقاً.

قلت: ظاهر الحكم والتعليل هو التعيّن، فحينئذٍ إمّا أن يحمل الصدر على صورة كون البنت صغيرةً أو باكرةً محتاجةً إلى إذن الوليّ كما هو الغالب، بإخراج الثيّبة عن إطلاق الصدر، أو بأن يقال: إنّ مفروض السؤال هو صورة كون الأمر محوّلاً إلى الوليّ، والمسؤول عنه أنّ الجدّ مقدّم أو الأب؟ فالسؤال إنّما هو عن صورة التعارض بعد فرض كون الكلام في ما يرجع إلى الوليّ، أو يحفظ على إطلاق الصدر ويحكم بأنّ مفاد الجواب هو الأعمّ من الأحقّيّة على وجه الإيجاب أو الاستحباب، والمقصود من التعليل إنّما هو التنبيه على جهة تكوينيّة تسانخ الموردين، فالأحقّيّة لزوميّةً أو استحبابيّةً تابعة لأصل ﴾

(١) وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ٤٢٧ ح ١ من ب ٩٢ من كتاب الوصايا.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٢٠ ص ٢٩١ ح ٨ من ب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

(٣) وسائل الشيعة: ج ٢٠ ص ٢٩١.

الحقّ المشترك بين الأب والجدّ.

ثمّ لا يخفى أنّ مقتضى الأخذ بالتعليل وإلقاء خصوصيّة مورد التزويج هو الحكم بتقدّم الجدّ على الأب في مورد التعارض في جميع موارد ثبوت الولاية على الولد.

فقد تحصّل ممّا ذكر وضوح ولاية الأب على ولده، وكذا مقتضى بعض مامرّ: ولاية الجدّ أيضاً وإن كان الأوّل أوضح إلّا أنّ الثانية ثابتة أيضاً.

وملخّص ما يدلّ عليها إطلاق مثل صحيح محمّد بن مسلم المتقدّم[1] المشتمل على التعليل والمستفيض المرويّ عنه عليهم السلام، خصوصاً مع استدلال الصادق عليه السلام به في تقدّم تصرّف الجدّ على الأب على ما في خبر عبيد بن زرارة المتقدّم[2] وخبر قرب الإسناد المشتمل على التعليل المتقدّم[3] تقريب دلالته. هذا.

مضافاً إلى أنّ مقتضى إطلاق الآية الشريفة قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ ...﴾[4] جواز التصرّف في ماله مع ملاحظة غبطته لكلّ أحد، فالجدّ يجوز له التصرّف إذا لاحظ مصلحته؛ بل هو المستفاد من قوله تعالى في سورة النساء: ﴿وَابْتَلُواْ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ وَلَاتَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُواْ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ...﴾[5]، فإنّ المستفاد من صدرها مفروضيّة التصرّف في أموال اليتامى في الجملة ولو باستيلاء اليد عليه، والمستفاد من الذيل جواز الأكل منه لمن بيده إن كان فقيراً المستلزم لجواز تصرّفه على طبق مصلحة الصغير بالأولويّة.

ويوضح ذلك ماورد في الموثّق عن سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام في قول الله عزّوجلّ: ﴿وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾[6] قال: «من كان يلي شيئاً لليتامى وهو محتاج ليس له ما يقيمه فهويتقاضى أموالهم ويقوم في ضيعتهم فليأكل بقدر ولايسرف، فإن كانت

(١) في ص ٢٧٥. (٢) في ص ٢٧٧. (٣) في ص ٢٨٠.
(٤) سورة الإسراء: ٣٤. (٥ و٦) سورة النساء: ٦.

ضيعتهم لا تشغله عمّا يعالج بنفسه فلا يرزأنّ من أموالهم شيئاً»[١].

فإنّ المستفاد منه أنّ الأكل بالمعروف من باب أُجرة العمل وصرف الوقت في ما يتعلّق بضيعة اليتامى مثلاً: من الإجارة أو بيع الغلّة أو أُجرة الفلّاح أو غير ذلك؛ فهذا كلّه ممّا يوضح المقصود، وهو جواز التصرّف في مال اليتيم على طبق المصلحة. وهذا إذا كان من دون التنبيه على لزوم الاستيذان من الإمام يدلّ على جواز ذلك للمؤمنين، فتصرّف الجدّ إذا كان على طبق المصلحة خالٍ عن الإشكال.

وفي صحيح عبدالله بن سنان أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام في قول الله عزّوجلّ: ﴿فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾[٢] قال: «المعروف هو القوت، وإنّما عنى الوصيّ أو القيّم في أموالهم وما يصلحهم»[٣].

وفي الذيل إشارة إلى جواز القيام بالمعاملات الّتي تكون بصلاحهم. وفي قوله: «الوصيّ» دليل على ثبوت الولاية للأب الّذي يوصي في أمر ولده إلى من يلي أمرهم.

والحاصل: أنّ جواز تصرّف الجدّ في مال اليتيم واضح بمامرّ، إلّا أنّ تقدّمه على غيره من الحاكم وعدول المؤمنين غيرواضح، ولعلّه المستفاد من التعليل المتقدّم في خبر قرب الإسناد[٤] وكذا من خبر عبيد بن زرارة المتقدّم[٥]، بتقريب أنّه إذا كان الجدّ أولى بالتصرّف من الأب ولو عند التعارض والأب مقدّماً على غيره لظاهر ما تقدّم ومنه صحيح محمّد بن مسلم المذيّل بقوله: «لأنّ والده هو الّذي يلي أمره» المتقدّم[٦] فالجدّ مقدّم على غير الأب بالأولويّة.

والظاهر ثبوت ولايته ولو مع فقد الأب كما عن عدّة من الأساطين منهم المفيد والسيّد رحمهما الله، لإطلاق الدليل وعدم وجود المقيّد إلّا مفهوم موثّق البقباق، وفيه: «إنّ الجدّ

(١) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٢٥١ ح ٤ من ب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به.
(٢) سورة النساء: ٦.
(٣) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٢٥٠ ح ١ من ب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به.
(٤) المتقدّم في ص ٢٨٠.
(٥) في ص ٢٧٧.
(٦) في ص ٢٧٥.

للأب*

إذا زوّج ابنة ابنه وكان أبوها حيّاً وكان الجدّ مرضيّاً جاز»[١].

وفيه: أنّ الظاهر بحسب ارتكاز العرف أنّه في مقام بيان الفرد الخفيّ لا في مقام الاشتراط، ولا أقلّ من الاحتمال فيرجع إلى الإطلاق.

ولاية الجدّ على الصغير بشرط أن يكون الجدّ للأب

(*) **قال** ﴿ في **الجواهر** مازجاً للمتن: قد أطلق الشيخ وكثير ممّن تأخّر عنه أنّ «الولاية في مال الطفل والمجنون للأب والجدّ للأب» بل هو معقد ما في المسالك ومحكيّ الكفاية من نفي الخلاف فيه، بل هو معقد إجماع التذكرة[٢].

ولكن قال السيّد الماجد ﴿ في ذيل التعليق على قول المصنّف ﴿ «ويشترط كون البائع مالكاً»: وأمّا عدم الولاية لجدّ الأمّ فهو الأشهر الأقوى[٣].

أقول: يمكن توجيه مذهب المشهور بأنّ مقتضى بعض التعليلات المتقدّمة ومنها ما تقدّم[٤] في ذيل خبري قرب الإسناد وكتاب عليّ بن جعفر من «أنّها وأباها للجدّ»: أنّ الملاك في ولايته وتقدّمها على ولاية الأب عند التعارض أنّ البنت وأباها للجدّ. فلا يكفي صِرف كون البنت من شؤون وجود الجدّ فإنّ للأب أيضاً حقّاً على المال، فملاك ولايته على الصغير ولايته عليه وعلى أبيه الكبير في بعض الشؤون.

وبعبارة أُخرى: كون الصغير من معاليله وكون أبيه من معاليله ملاك لولايته وتقدّمها على ولاية الأب عند التعارض، وحيث إنّه تعليل فيقدّم على إطلاق مادلّ على ولاية الأب الشامل للجدّ للأب وللأمّ إن كان في البين إطلاق.

(١) وسائل الشيعة: ج ٢٠ ص ٢٩٠ ح ٤ من ب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

(٢) جواهر الكلام: ج ٢٧ ص ١٩٩.

(٣) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٥٩٠.

(٤) في ص ٢٨٠.

وإن علا* أن يتصرّفا في مال الصغير بالبيع والشراء والإجارة وغيرها، وكلّ منهما مستقلّ في الولاية وُجد الآخر معه أم لا.

◄ وإن شكّ في ذلك فإطلاق ما تقدّم من الآية الشريفة الظاهرة في جواز التصرّف في مال الصغير بالنحو الأحسن محكّم، ومقتضاه: عدم خصوصيّة للجدّ من قبل الأمّ.

وإن أبيت عن إطلاقها فمقتضى أصالةالفساد: عدم جواز تصرّفه إلّا إذا كان من أفراد ما يكون جواز تصرّفه متيقّناً كأن يكون ثقةً أو مجازاً من قبل الحاكم.

ولايخفى أنّه المستفاد من خبر عبيد بن زرارة المتقدّم[1] المستدلّ فيه بقوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك» لتقدّم الجدّ على الأب، فإنّ الظاهر أنّ ملاك الاستدلال هو الخطاب المتوجّه إلى الأب، فملاك ولايته على الابن هو كون الأب وماله الّذي هو الابن وولايته عليه له. وهذا غير صادق بالنسبة إلى الجدّ من طرف الأمّ، لأنّه لايكون ولاية الابن لها حتّى تكون له أيضاً.

الولاية للجدّ وإن علا

(*) **قال السيّد الماجد** في كتاب الحجر: قد نصّ في المبسوط والشرائع والنافع والتذكرةوالتبصرةوالتحرير والإرشاد واللمعةوجامعالمقاصد والروضةوالمسالك ومجمع البرهان والكفاية وغيرها أنّ الولاية في مال الطفل والمجنون لأبيه وجدّه لأبيه وإن علا. وقد حكى عليه الإجماع في التذكرة، وفي مجمع البرهان: كأنّ عليه إجماع الأمّة[2].

لكن نقل بعد ذلك عن جامعالمقاصد أنّه قال:هل يكون للجدّ الأعلىمع الجدّ الأدنى ولاية؟ فيه نظر[3].

وقال في الجواهر:ففي تعدّي الحكم إلى أب الجدّ وجدّ الجدّ وإن علا مع الأب ◄

---

(١) في ص ٢٧٧.

(٢) مفتاح الكرامة: ج ١٦ ص ٧٧.

(٣) مفتاح الكرمة: ج ١٦ ص ٨١.

والأقوى عدم اعتبار العدالة فيهما*.

↲ نظر، ولعلّ إطلاق القائل يقتضيه. نعم، قد يتوقّف في تقديمه على من هو أدنى منه، لعدم انسياقه من الأب، فتأمّل[1].

أقول: المستفاد من كلامهم على ما تقدّم اُمور:

منها: أنّه لاشبهة في ثبوت ولاية الجدّ الأعلى أيضاً في الجملة، والقدر المتيقّن منه صورة فقد الأب والجدّ الأدنى بناءً على عدم اشتراط ولاية الجدّ بحياة الأب، وإلّا فالمتيقّن صورة فقد الجدّ الأدنى وحياة الأب.

ومنها: الإشكال في ثبوت ولايته مع وجود الأب كما في الجواهر[2].

ومنها: الإشكال في ثبوتها مع الجدّ الأدنى كما تقدّم عن المحكيّ عن جامع المقاصد.

ومنها: الإشكال في تقدّم تصرّفه على تصرّف الأب أو الأدنى على فرض ثبوت ولايته معهما عند التعارض. هذا.

ويمكن أن يقال بأنّ الأعلى كالأدنى في جميع ماله من الأحكام، وذلك لوجود التعليل المستدلّ به على تقدّم الجدّ على الأب عند التعارض في ما تقدّم[3] من خبر عبيد ابن زرارة وخبر قرب الإسناد المتقدّم[4]، وهو العالم.

عدم اعتبار العدالة فيهما

(*) حكى السيّد الماجد عن نكاح التذكرة حكاية الإجماع على ولاية الفاسق في النكاح، لكن نقل عن الوسيلة اشتراطها. قال: وفي الإيضاح: أنّ الأصحّ أنّه لا ولاية للأب أو الجدّ مادام فاسقاً، لأنّها ولاية على من لا يدفع عن نفسه ولا يعرب عن حاله، ويستحيل من حكمة الصانع أن يجعل الفاسق أميناً تقبل إقراراته وإخباراته على غيره ↰

(١ و٢) جواهر الكلام: ج ٢٧ ص ٢٠٢ ـ ٢٠٣. (٣) في ص ٢٧٧. (٤) في ص ٢٨٠.

◄ مع نصّ القرآن على خلافه(١).

أقول: لاينبغي الإشكال في عدم دخالتها ثبوتاً في جواز تصرّف الوليّ في ما يجوز له التصرّف مع قطع النظر عن الاشتراط المذكور ـ وهو صورة إحراز المصلحة أو عدم المفسدة على الاختلاف الآتي ـ لإطلاق الأدلّة الّتي منها الآية الشريفة الناهية عن التصرّف في مال اليتيم إلّا بالّتي هي أحسن.

مع أنّه لو كان في الأدلّة ما هو ظاهر في الاشتراط المذكور ممّا يجيء إن شاء الله تعالى في مصحّح إسماعيل وفيه: «فلابأس إذا رضي الورثة بالبيع وقام عدل في ذلك»(٢) فلعلّه منصرف إلى صورة فقد الجدّ أيضاً.

مضافاً إلى أنّ مقتضى المناسبة بين الحكم والموضوع: عدم الموضوعيّة وكونها طريقاً إلى ملاحظة ما هو تكليفه شرعاً من ملاحظة الصلاح أو عدم المفسدة.

وإنّما الإشكال في مقام الإثبات وملاحظة تكليف سائر المكلّفين إذا لم يعلموا أنّه لاحظ المصلحة أم لا.

فالمشتري لمال الصغير إذا علم بأنّ الوليّ راعىٰ تكليفه الشرعيّ في البيع فلا إشكال له.

وأمّا إذا لم يعلم أو ظنّ بعدم مراعاة مصلحته:

فإن كان عادلاً أو موثّقاً فلا إشكال أيضاً.

وإلّا فيمكن أن يقال أيضاً بترتيب أثر الصحّة، لأصالة الصحّة الّتي هي مورد بناء العقلاء في معاملاتهم، وإلّا فالإشكال سارٍ في الوكيل أيضاً مع أنّا نرىٰ منهم ترتيب أثر الصحّة على معاملة الوكيل من غير العلم بأنّه يعمل على طبق وكالته.

ويمكن إبداء الفرق بين المقامين بأنّ المشتري عن الوكيل لايجب عليه مراعاة مصلحة الموكّل ولايشترط صحّة اشترائه عنه بذلك، بل لابدّ أن تكون المعاملة صحيحة من حيث الإيجاب، وهذا بخلاف المشتري عن الوليّ فإنّه يحرم عليه الاشتراء بنحو ►

---

(١) مفتاح الكرامة: ج ١٦ ص ٨١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٦٢ ح ١ من ب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه.

ولا يشترط في نفوذ تصرّفهما المصلحة بل يكفي عدم المفسدة*،

لا يكون صلاحاً لليتيم، ولا يصحّ الاشتراء إذا لم يكن صلاحاً له ولو كان البيع صحيحاً من حيث الإيجاب، ويترتّب على ذلك أنّه لو راعى الوليّ مصلحة الصغير بحسب نظره ولكن يقطع المشتري بعدم كون البيع مصلحةً له لا يجوز له الاشتراء وسيأتي إن شاء الله تعالى ما يوضح ذلك في مبحث ولاية عدول المؤمنين.

وممّا ذكرنا يظهر أنّ الأحوط إن لم يكن أقوى التجنّب عن اشتراء مال اليتيم عن جدّه بل مال الصغير عن أبيه إذا لم يقطع بواجديّته للشرط من حيث عدم المفسده أو وجود المصلحة على الاختلاف المتقدّم.

عدم اعتبار مراعاة المصلحة بل يكفي عدم المفسدة

(*) في المكاسب أنّ ظهور الإجماع على اعتبار عدم المفسدة حاصل، بل استظهره في مفتاح الكرامة على اعتبار مراعاة المصلحة تبعاً لشيخه في شرح القواعد، إلّا أنّه قال: ولكنّ الأقوى كفاية عدم المفسدة، وفاقاً لغير واحد من الأساطين الّذين عاصرناهم، وقد حكى في ذيل كلامه عن بعض متأخّري المتأخّرين القولَ بالفصل بين الأب والجدّ في الاقتراض مع عدم اليسر[1].

فالأقوال في المسألة ثلاثة:

الأوّل: إناطة جواز التصرّف بالمصلحة مطلقاً.

الثاني: إناطته بعدم المفسدة كذلك.

الثالث: التفصيل بين الأب والجدّ فيقال بكفاية الثاني في الأوّل دون الثاني بل لابدّ فيه من مراعاة المصلحة.

يمكن أن يقال بجواز التصرّف للوليّ إذا كان الفعل والترك مساوياً لليتيم.

(١) المكاسب للشيخ الأنصاريّ: ج ٣ ص ٥٣٩ ـ ٥٤٢.

↙ ويدلّ عليه ـ مضافاً إلى إطلاق أدلّة الولاية ـ ماورد من جواز الأكل من مال اليتيم إذا كان في مقابله نفع بقدره أو يطعمه عوض ذلك، كخبر عليّ بن المغيرة، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: إنّ لي ابنة أخ يتيمة فربما أُهدي لها الشيء فآكل منه ثمّ أُطعمها بعد ذلك الشيء من مالي فأقول: ياربّ هذا بذا، فقال عليه السلام: «لا بأس»[١].

ومنه يظهر المراد من حسنة الكاهليّ ـ على ما في المكاسب[٢] ـ أنّه قال: قيل لأبي عبدالله عليه السلام: إنّا ندخل على أخ لنا في بيت أيتام ومعه خادم لهم فنقعد على بساطهم ونشرب من مائهم ويخدمنا خادمهم ـ إلى أن قال: ـ فما ترى في ذلك؟ فقال: «إن كان في دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس، وإن كان فيه ضرر فلا»[٣].

فإنّه ليس المقصود من النفع هو الزيادة عمّا ينتفع من مالهم، بل النفع الّذي يحصل لهم في قبال ذلك كما لا يخفى.

وكذا يدلّ عليه ماورد في جواز مخالطة اليتيم ومؤاكلته الوارد في تفسير الآية الشريفة: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَـٰمَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ ٱلْمُفْسِدَ مِنَ ٱلْمُصْلِحِ﴾[٤] فراجع الوسائل[٥].

وكذا ماورد من جواز الاتّجار بمال اليتيم إذا كان له مال محيط بماله، من دون تنبيه على اشتراط كون بعض الربح لليتيم، كخبر أسباط بن سالم[٦].

وكذا مادلّ على جواز الاقتراض من ماله[٧].

وماورد من خبري سماعة من قوله عليه السلام: «فلا يرزأنّ من أموالهم شيئاً»[٨] وفي الثاني ↖

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٢٤٩ ح ٢ من ب ٧١ من أبواب ما يكتسب به.
(٢) ج ٣ ص ٥٧٧.
(٣) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٢٤٨ ح ١ من ب ٧١ من أبواب ما يكتسب به.
(٤) سورة البقرة: ٢٢٠.
(٥) ج ١٧ ص ٢٥٤، الباب ٧٣ من أبواب ما يكتسب به.
(٦) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٢٥٧ ح ١ وص ٢٥٨ ح ٤ من ب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به.
(٧) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٢٥٨، الباب ٧٦ من أبواب ما يكتسب به.
(٨) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٢٥١ ح ٤ من ب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به.

وكما لهما الولاية في ماله بأنواع التصرّفات لهما الولاية في نفسه بالإجارة والتزويج* وغيرهما

منهما زيادة «إنّما هي النار»[1] الظاهر في أنّ المحذور تنقيص مال الصغير.

والحاصل: أنّ الناظر في الأخبار الّتي أُشير إليها يقطع بجواز تصرّف الوليّ ولو كان هو الحاكم أو العدول من المؤمنين تصرّفاً لا يضرّ بحال الصغير بحيث يكون فعله وتركه بالنظر إلى حاله على السواء. وأمّا لو لم يكن الأمر مردّداً بين ما يكون متساوياً له بل كان بعض التصرّفات أصلح من بعض فالظاهر أنّ اختيار المرجوح ولو لم يكن موجباً لنقصٍ في مال الصغير بل كان صِرف عدم النفع غير جائز بحسب الظاهر، للنهي عن التصرّف في ماله إلّا بالّتي هي أحسن، بخلاف ما إذا كان الإمساك والاستقراض بالنسبة إليه على حدٍّ سواء، فإنّ الأحسن هو أحد الأمرين فإنّه أحسن من أكله والتصرّف فيه من غير استقراض.

ومنه **يظهر** أنّ كون التصرّف ذا مصلحة بالنسبة إلى الإمساك عنه وحفظه تحت يده ليس شرطاً في جواز تصرّف الوليّ على ما عرفت من الأخبار، بل يكفي أن يكون الجامع بين الإمساك تحت اليد والتصرّف واجداً للمصلحة وأحسن من غيره من الشؤون المتصوّرة بالنسبة إلى مال اليتيم. ويجيء إن شاء الله تعالى باقي الكلام في بحث ولاية عدول المؤمنين، وهو الموفّق.

ولاية الأب والجدّ على التزويج

(*) ويدلّ عـليه ـ مضافاً إلى إطلاق ما تقدّم من الدليل ـ خصوص بعض الأخبار الّتي منها:

صحيح محمّدبن إسماعيل‌بن بزيع، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الصبيّة يزوّجها

(١) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٢٥٤ ح ٢ من ب ٧٣ من أبواب ما يكتسب به.

أبوها ثمّ يموت وهي صغيرة فتكبر قبل أن يدخل بها زوجها، يجوز عليها التزويج أو الأمر إليها؟ قال: «يجوز عليها تزويج أبيها»[١].

رواه المشايخ الثلاثة في كتبهم المعروفة. ورواه الصدوق أيضاً بطريق آخر عن محمّد ابن إسماعيل على ما في الوسائل[٢].

وصحيح محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في الصبيّ يتزوّج الصبيّة يتوارثان؟ فقال: «إذا كان أبواهما اللّذان زوّجاهما فنعم». قلت: فهل يجوز طلاق الأب؟ قال: «لا»[٣].

وصحيح محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام، قال: «إذا زوّج الرجل ابنة ابنه فهو جائز على ابنه، ولابنه أيضاً أن يزوّجها»، فقلت: فإن هوى أبوها رجلاً وجدّها رجلاً؟ فقال: «الجدّ أولى بنكاحها»[٤].

نعم، في بعض الأخبار أنّ «لهما الخيار إذا أدركا»[٥]، ولذا قال رحمه الله في الشرائع: «ولا خيار لها بعد بلوغها على أشهر الروايتين». وقال بالنسبة إلى الابن: «لا خيار له مع بلوغه ورشده على الأشهر»[٦].

لكن ذلك بالنسبة إليها ضعيف جدّاً، لأنّه لم يوجد العامل به فيها على ما في الجواهر[٧].

وهو مخالف لصحيح عبدالله بن الصلت على ما في الجواهر[٨]، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الجارية الصغيرة يزوّجها أبوها، لها أمر إذا بلغت؟ قال: «لا، ليس لها مع أبيها أمر»[٩].

---

(١) وسائل الشيعة: ج ٢٠ ص ٢٧٥ ح ١ من ب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

(٢) ج ٢٠ ص ٢٧٦.

(٣) وسائل الشيعة: ج ٢٠ ص ٢٩٢، الباب ١٢ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

(٤) وسائل الشيعة: ج ٢٠ ص ٢٨٩ ح ١ من ب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

(٥) وسائل الشيعة: ج ٢٠ ص ٢٧٧ ح ٨ من ب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

(٦) شرائع الإسلام: ج ١ و٢ ص ٥٠٢.

(٧ و٨) ج ٣٠ ص ٣٠٦.

(٩) وسائل الشيعة: ج ٢٠ ص ٢٧٦ ح ٣ من ب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

إلّا الطلاق* فلا يملكانه بل يُنتظر بلوغه.

ﻫ ومثلها صحيح ابن يقطين[١].

مضافاً إلى تعليل الخيار لهما في صحيح محمّد بن مسلم بقوله: «فإنّ المهر على الأب»[٢]. إذ الظاهر منه حينئذٍ أنّ الخيار يكون بالنسبة إلى المهر لا بالنسبة إلى أصل التزويج فيكون لكلّ منهما مطالبة المهر من الأب، فتأمّل.

هذا بالنسبة إلى الصغيرة.

وأمّا الصغير فالقول بأنّ له الخيار إذا بلغ مخالف للأشهر بل المشهور كما في الجواهر[٣]، لكن نقل‌ﷺ عن الشيخ وبني البرّاج وحمزة وإدريس أنّ له الخيار بعد البلوغ[٤].

وعمدة الوجه فيه خبر الكناسيّ عن الباقر‌ﷺ، وفيه: «إنّ الغلام إذا زوّجه أبوه ولم يدرك كان بالخيار إذا أدرك وبلغ خمس عشرة سنة أو يشعر في وجهه أو ينبت في عانته»[٥].

وهو مردود بضعف السند، ومخالفته للمشهور وإمكان حمله على أنّ له الخيار بالطلاق أو بأحد موجباته، فتأمّل.

عدم ولاية الأب والجدّ على الطلاق

(*) **قال‌ﷺ في الجواهر**: بلا خلاف فيه منّا، بل الإجماع بقسميه عليه، للنبويّ المقبول: «الطلاق بيد من أخذ بالساق»[٦]. ـ إلى أن قال: ـ مع التأييد باستصحاب بقاء النكاح[٧].

(١ و ٢) وسائل الشيعة: ج ٢٠ ص ٢٧٧ ح ٧ و٨ من ب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

(٣) ج ٣٠ ص ٣٠٧. (٤) جواهر الكلام: ج ٣٠ ص ٣٠٨.

(٥) وسائل الشيعة: ج ٢٠ ص ٢٧٨ ح ٩ من ب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

(٦) مستدرك الوسائل: ج ١٥ ص ٣٠٦ ح ٣ من ب ٢٥ من أبواب مقدّمات الطلاق وشروطه.

(٧) جواهر الكلام: ج ٣٣ ص ١٥.

أقـول: العمدة في ذلك صحيح فضل بن عبدالملك، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يزوّج ابنه وهوصغير، قال:«لابأس». قلت:يجوز طلاق الأب؟ قال: «لا...»[١].

وخبر عبيد بن زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام، قال سألته عن الصبيّ يزوّج الصبيّة، هل يتوارثان؟ قال: «إن كان أبواهما هما اللذان زوّجاهما فنعم» قلنا: يجوز طلاق الأب؟ قال: «لا»[٢].

وفي صحيح محمّد بن مسلم المتقدّم الإيماء إليه[٣] عن أبي جعفر عليه السلام قلت له: فهل يجوز طلاق الأب على ابنه في صغره؟ قال: «لا»[٤].

والروايات المذكورة كما ترى واضحة من حيث السند والدلالة، فلا وجه للتمسّك بما تقدّم نقله عن الجواهر، فإنّ التمسّك بالاستصحاب عند فقد الدليل؛ ولولا ما أُشير إليه من الأخبار لكان مقتضى ما تقدّم من إطلاق دليل الولاية هو الولاية عليه أيضاً.

وبه يجاب عن التمسّك بقوله صلى الله عليه وآله: «الطلاق بيد من أخذ بالساق»[٥] فإنّه ليس إلّا مثل «لا بيع إلّا في ملك» فكما أنّ دليل الولاية حاكم عليه يكون حاكماً على الدليل المذكور أيضاً.

نعم، يمكن أن يقال: إنّه له الولاية على الصغير المجنون، فإنّ عدم اقتضاء صغره للولاية عليه لا ينافي اقتضاء جنونه لذلك، فهو بحكم من بلغ فاسد العقل. وتمام الكلام موكول إلى كتاب الطلاق، وهو الموفّق.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ٢٢ ص ٨٠ ح ١ من ب ٣٣ من أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٢٢ ص ٨٠ ح ٢ من ب ٣٣ من أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه.

(٣) في ص ٢٩٠.

(٤) وسائل الشيعة: ج ٢٠ ص ٢٧٧ ح ٨ من ب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

(٥) مستدرك الوسائل: ج ١٥ ص ٣٠٦ ح ٣ من ب ٢٥ من أبواب مقدّمات الطلاق وشروطه.

وهل يلحق به فسخ عقد النكاح عند موجبه وهبة المدّة في المتعة؟ وجهان* بل قولان أقواهما العدم.

وليس بين الأقارب من له الولاية على الصغير غير الأب والجدّ للأب، بل هم كلّهم كالأجانب حتّى الأُمّ** والأخ والجدّ للأُمّ.

عدم إلحاق الفسخ وهبة المدّة بالطلاق

(*) لم يظهر وجه للإلحاق بالطلاق إلّا إلقاء الخصوصيّة من الأخبار الواردة في الطلاق، بأن يقال: ما هو الموضوع لعدم ولاية الوليّ إزالة الزوجيّة بأيّ نحو كانت. وهو باطل قطعاً، إذ لافرق بين الحكم المذكور وسائر الأحكام المترتّبة على الطلاق من الإشهاد، وكونه في الطهر الّذي لم يحصل الوقاع فيه، وغيرهما من الأحكام الخاصّة به.

عدم ولاية الأُمّ والإشارة إلى خلاف بعض الأصحاب

(**) خلافاً لابن الجنيد فإنّه حكي عنه ثبوت الولاية للأُمّ ولآبائها[1].

وقد تقدّم الكلام في الثانية في التعليق على قوله ﷺ «للأب».

وأمّا الأُولى فقد يستدلّ بأمرين:

أحدهما: ما نقل أنّه ﷺ أمر نعيم بن النجاح أن يستأمر أُمّ ابنته في أمرها، وقال: «وآمروهنّ في بناتهنّ»[2].

ثانيهما: موثّق إبراهيم بن ميمون عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «إذا كانت الجارية بين أبويها فليس لها مع أبويها أمر، وإذا كانت قد تزوّجت لم يزوّجها إلّا برضا منها»[3]. ☚

(١ و ٢) حكاه العلّامة عنه في مختلف الشيعة: ج ٧ ص ١٠٧.

(٣) وسائل الشيعة: ج ٢٠ ص ٢٨٤ ح ٣ من ب ٩ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

المسألة الثانية والعشرون: وكما للأب والجدّ الولاية على الصغير في زمان حياتهما كذلك لهما نصب القيّم عليه*

↲ لكنّ القول المذكور شاذّ مخالف لسائر الفقهاء.

مع ضعف الأوّل وعدم اختصاصها بالصغيرة ولا بالكبيرة الباكرة، فهو قرينة على أنّ تحصيل رضاهما ليس على وجه الإيجاب وكون ذلك شرطاً في صحّة التزويج، بل هو على وجه الرجحان، فتأمّل.

مع أنّ مقتضى الدليلين: عدم استقلال الأب وكون الأمر موكولاً إلى رضاهما، والظاهر أنّه لا يقول به أحد.

ويحتمل أن يكون تحصيل رضاهما واجباً تكليفيّاً، من باب وجوب إطاعتهما وحرمة مخالفتهما على ما هو المعروف. وهو العالم.

ولاية القيّم من جانب الأب والجدّ

(*). قال السيّد الماجد في كتاب الحجر: وأمّا أنّهما [أي الأب والجدّ له] إن فُقدا فالولاية للوصيّ لأحدهما، فإن فُقد الوصيّ فالحاكم، فلا خلاف في ذلك ولايةً وترتيباً[1].

أقول: يوضح ذلك أُمور:

الأوّل: قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ * فَمَن بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَآ إِثْمُهُ عَلَى ٱلَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾[2].

فإنّ الوصيّة للصغار في مورد وجود تركة للميّت بالنسبة إلى سهامهم فيها داخلة بحسب متفاهم العرف في الوصيّة للأقربين فيجب حينئذٍ ترتيب الأثر عليه.

الثاني: إطلاق ما دلّ على نفوذ الوصيّة مطلقاً، كخبر عمّار عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: ↰

---

(١) مفتاح الكرامة: ج ١٦ ص ٨٢.

(٢) سورة البقرة: ١٨٠ ـ ١٨١.

«الرجل أحقّ بماله مادام فيه الروح إذا أوصى به كلّه فهو جائز»[1].

فإنّ الوصيّة بتكفّل سهم الصغير داخلة في ذلك.

واحتمال أن يكون الذيل راجعاً إلى المال الّذي هو مورد للوصيّة من حيث البعض أو الكلّ لايضرّ بعدعموم الصدر والإشارة إلى ما هو الملاك من كون المال ماله وهو أحقّ بماله. نعم، لا تشمل الآية الشريفة ولا الخبر وصايته بالنسبة إلى ما لليتيم من الأموال الّتي لاتكون من تركة الميّت، فتأمّل.

الثالث: الأخبار المستفادة منها المفروغيّة عن ولاية الوصيّ على الصغار:

كصحيح عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام في قول الله عزّ وجلّ: ﴿فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾[2] قال: «المعروف هو القوت، وإنّما عنى الوصيّ أو القيّم في أموالهم وما يصلحهم»[3].

وصحيح عليّ بن رئاب، قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل بيني وبينه قرابة مات وترك أولاداً صغاراً، وترك مما ليك له غلماناً وجواري ولم يوص، فما ترى في من يشتري منهم الجارية؟ ـ إلى أن قال: ـ فقال عليه السلام: «إن كان لهم وليّ يقوم بأمرهم باع عليهم ونظر لهم كان مأجوراً فيهم ...»[4].

فإنّ الظاهر من السؤال والجواب أنّ منشأ الإشكال وجود الصغار وعدم الوصيّ بحيث لو كان وصيّ في البين لم يكن إشكال في اشتراء الجواري وغيرها من أمواله وغير ذلك، فراجع.

الرابع: مادلّ على جواز الإذن للوصيّ أن يضارب بمال ولده الصغار:

كخبر محمّد بن مسلم المتقدّم[5].

وخبر خالد بن بكير الطويل الّذي رواه ابن أبي عمير، قال: دعاني أبي حين حضرته الوفاة فقال: يا بنيّ اقبض مال إخوتك الصغار واعمل به، وخذ نصف الربح وأعطهم

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ٢٨١ ح ١٩ من ب ١١ من كتاب الوصايا.

(٢) سورة النساء: ٦.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٢٥٠ ح ١ من ب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ٤٢١ ح ١ من ب ٨٨ من كتاب الوصايا.

(٥) في ص ٢٨٠.

النصف، وليس عليك ضمان، فقدّمتني أُمّ ولد أبي بعد وفاة أبي إلى ابن أبي ليلى، فقالت: إنّ هـذا يأكل أموال ولدي. قـال: فاقتصصت عليه مـا أمرني به أبي، فقال لي ابن أبي ليلى: إن كان أبوك أمرك بالباطل لم أُجزه، ثمّ أشهد عليّ ابن أبي‌ليلى إن أنا حركته فأنا له ضامن، فدخلت على أبي عبدالله عليه السلام فقصصت عليه قصّتي، ثمّ قلت له: ما ترى؟ فقال: «أمّا قول ابن أبي ليلى فلا أستطيع ردّه، وأمّا في ما بينك وبين الله عزّوجلّ فليس عليك ضمان»(١).

الخامس: ماروي عن أبي‌عبدالله عليه السلام بطرق عديدة في قول الله عزّوجلّ: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَافَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾(٢) قال: «هو الأب، أو الأخ،أو الرجل يوصى إليه...»(٣).

واشتماله على الأخ الّذي لا يقال بولايته غيرمضرّ بالاستدلال، لحمله على الّذي هو وكيل عن أُخته كما يومئ إليه ما تقدّم(٤) من خبر ابن‌أبي‌عمير عن غيرواحد من أصحابنا الوارد في مفروض تلك الرواية المعتبرة، وفيه: «والّذي توكّله المرأة وتولّيه أمرها من أخ أو قرابة أو غيرهما».

السادس: مادلّ على ولاية الأب والجدّ ممّا تقدّم،فكما أنّ مقتضى ذلك: الولاية على جميع التصرّفات الراجعة إلى مال الصغير أو نفسه من جعله أجيراً ـ مثلاً ـ كذلك مقتضاه أيضاً: ثبوتها بالنسبة إلى الإيصاء إلى الغير، إذ لا فرق عرفاً بين الإيصاء أو التوكيل، فكما أنّ مقتضاه: صحّة التوكيل في أمر الصغار كذلك يكون مقتضاه: صحّة الإيصاء لهم.

إن قلت: ليس مقتضى دليلها إلّا ثبوت الولاية لهما بالنسبة إلى حال الحياة.

قلت: ليست الولاية إلّا نظير الملكيّة فكما أنّ المالك مالك للمال في حال حياته بالنسبة إلى ما بعد الموت كذلك في الولاية، فإنّه وليّ بحسب المتفاهم العرفيّ بالنسبة إلى مال الصغير في حال حياته إلى حال بلوغ الطفل،فالولاية تكون له في حالها لكنّ

(١) وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ٤٢٧ ح ٢ من ب ٩٢ من كتاب الوصايا.
(٢) سورة البقرة: ٢٣٧.
(٣) وسائل الشيعة: ج ٢١ ص ٣١٥ ح ١ من ب ٥٢ من أبواب المهور.
(٤) في ص ٢٧٦.

◄ المتعلّق هو مال الصغير إلى حدّ البلوغ، ولذا لو آجر الأب مال الطفل سنةً ـ مثلاً ـ فمات قبل انقضاء الأجل لا تنفسخ الإجارة، فبما أنّ للأب ولاية التصرّف في مال الطفل في حال حياته إلى بلوغ الطفل فله أن يعيّن الوصيّ إلى أن يبلغ، فهو بعينه نظير أن يوجر داره من أوّل الشهر إلى سنة ومات قبل مجيء الشهر، فافهم.

ومن ذلك يظهر وجه ولاية الجدّ على الإيصاء، لأنّه من شؤونها، فافهم وتأمّل.

لكن يمكن إبداء الفرق بين المقيس عليه ـ وهو مسألة الإجارة ـ والمقيس، بأن يقال: إنّ فيها يكون المستأجر مالكاً للمنفعة بالفعل، فمورد الانتقال هو الملكيّة الموجودة بالفعل بخلافه، فإنّه ليس للوصيّ ولاية بالنسبة إلى ما بعد الموت حال حياة الموصي، فما يعطى إليه هو الولاية بعد الموت لا الولاية فعلاً بالنسبة إلى ما بعد الموت.

ويمكن الجواب عن ذلك بأنّ الولاية على المال الموجود بعد الموت يكفي في إعطاء الولاية في ذلك الفرض، فإنّه في مسألة الإجارة كما يملك المستأجر المال الموجود بعد الشهر بملكيّة حاصلة قبل الشهر كذلك يملك في الشهر بملكيّة موجودة فيه وفرضنا موت الموجر في الظرف المذكور، فإذا كفى في التسلّط على التمليك بملكيّة فعليّة مالكيّةُ الناقل في الزمان الماضي فيكتفى أيضاً في إعطاء الولاية بذلك. فتأمّل فإنّه لا يخلو عن الدقّة والبحث.

ومن ذلك يظهر الوجه في جواز إيصاء الوصيّ إلى غيره على فرض إطلاق الولاية الموصى بها.

ويمكن أن يستدلّ لمضيّ إيصاء الجدّ ـ مضافاً إلى ما تقدّم من دعوى الإجماع، بل يمكن دعوى عدم ظهور الخلاف ـ بأمرين:

أحدهما: عموم بعض ما تقدّم من أدلّة الوصيّة كالآية الشريفة[1] والخبر المتقدّم[2] عن عمّار بالنسبة إلى ما إذا كان الصغير وارثاً عنه، بل يمكن أن يقال: إنّ مقتضى الآية ◄

(١) سورة البقرة: ١٨٠.

(٢) في ص ٢٩٥.

بعد وفاتهما*.

↵الشريفة[١]: عموم نفوذ الوصيّة إلّا في مورد الجنف أو الإثم. والتعليق بترك الخير[٢] من باب تحقّق الموضوع بالنسبة إلى نوع الوصايا المتعلّقة بالأموال.

ثانيهما: أنّ الوصيّة من الإيقاعات أو العقود العقلائيّة الّتي كانت مورداً للاعتبار وترتّب الأثر بالنسبة إلى ما للموصي من التصرّف والحقّ، سواء كان متعلّقاً بمال نفسه أو متعلّقاً بعين موقوفة أو متعلّقاً بمال الصغير من جهة الولاية عليه. فليست الوصاية إلّا نظير الوكالة. فكما أنّها أمر عرفيّ قد استقرّ عليها بناء العقلاء والشارع المقدّس ربما تصرّف في بعض حدودها وقيودها كذلك الوصاية. ولا شبهة في أنّ من أفراد الوصاية العرفيّة وصاية الجدّ بالنسبة إلى مال المولّى عليه الّذي كان له حقّ التصرّف فيه فهو نافذ بمقتضى سيرة العقلاء وبنائهم، والشارع المقدّس لم يردعهم عنه فيكشف ذلك عن الإمضاء.

ولاية القيّم مشروط بوفات الأب والجدّ

(*) قد مرّ في صدر المسألة كلام صاحب مفتاح الكرامة. فإنّ ظاهر كلامه عدم الخلاف في الترتّب وأنّ ولاية الوصيّ مترتّبة على فقد الأب والجدّ. وهو ظاهر الجواهر في كتاب الحجر:

قال‌ﷺ بعد عبارة الشرائع «فإن لم يكونا [أي الأب والجدّ له] فللوصيّ. فإن لم يكن فللحاكم»: بلاخلاف أجده في شيء من ذلك. بل ولا إشكال[٣].

وقال‌ﷺ في كتاب الوصايا مازجاً للمتن: «ولو أوصى بالنظر في مال ولده إلى أجنبيّ وله أب لم يصحّ. وكانت الولاية إلى جدّ اليتيم» الصالح للولاية «دون الوصيّ» بلاخلاف أجده في الجملة. بل الظاهر الإجماع عليه[٤]. ↖

---

(١) سورة البقرة: ١٨٠ ـ ١٨٢.

(٢) في سورة البقرة: ١٨٠.

(٣) جواهر الكلام: ج ٢٧ ص ٢٠٣.

(٤) جواهر الكلام: ج ٢٩ ص ٨٨٩.

أقول: لولا ثبوت الإجماع الكاشف عن إخبار المعصومعليه السلام أو رأيه الشريف كما هو المظنون لكان للمناقشة في ذلك مجال، إذ يتوجّه سؤال الفرق بين الوكالة والوصاية، فكما تصحّ الوكالة من باب أنّ الوكيل يتصرّف من باب ثبوت الولاية للأب فهو وجود تنزيليّ للأب فكذلك الوصاية، فإنّ الوصيّ يتصرّف في مال الطفل من باب ولاية أبيه على ماله حتّى بالنسبة إلى الظرف الواقع بعد الموت كما عرفت تقريبه.

مضافاً إلى إطلاق ما تقدّممما يدلّ على صحّة وصايةالأب،كخبرخالدبنبكير الطويل المتقدّم[1]،بل والآية الشريفة وكذا ما تقدّم من بناء العقلاء على صحّة الوصيّة، فمقتضى ذلك كونه كالموصي فيشترك مع الجدّ في الولاية لكن مع تقدّم الجدّ عند التعارض.

إن قلت: يمكن أن يوجّه مقالهم بما أُشير إليه في الجواهر[2] من أنّ المستفاد من بعض أدلّة ولاية الأب والجدّ انحصار الولاية فيهما خرجنا عن ذلك بالنسبة إلى الوصيّ عن أحدهما عند فقدانهما. وأمّا في المبحوث عنه ـ وهو صورة وجود أحدهما ـ فنأخذ بمقتضى الانحصار ونحكم بعدم ولايته حينئذٍ.

إن قلت: ما ذكر معارض بإطلاق دليل صحّة الإيصاء.

قلت: دليلها مقيّد بما إذا كان لم يكن متعلّقاً بغير المشروع، فما يدلّ على الحصر وارد على دليل الوصيّة بعد التقيّد المذكور المسلّم المستفاد أيضاً من قوله تعالى: ﴿فَمَنْ خَافَ مِن مُّوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ...﴾[3].

قلت: دلالته على الحصر غير واضحة، فإنّ أظهرها دلالة عليه على فرضها ما إذا كانت ولايتهما مبيّنة بالقضيّة الشرطيّة:

مثل خبر ابن مسلم عن أحدهماعليهما السلام، قال: «إذا زوّج الرجل ابنة ابنه فهو جائز على ابنه، ولابنه أيضاً أن يزوّجها...»[4].

---

(١) في ص ٢٩٥. (٢) ج ٢٩ ص ٨٩٠. (٣) سورة البقرة: ١٨٢.

(٤) وسائل الشيعة: ج ٢٠ ص ٢٨٩ ح ١ من ب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

فينفذ منه ما كان ينفذ منهما، على إشكال في التزويج*،

↲ وصحيحه الآخر عن أبي جعفر عليه السلام في الصبيّ يتزوّج الصبيّة يتوارثان؟ فقال: «إذا كان أبواهما اللذان زوّجاهما فنعم، ...»[1].

فإنّ فيه أوّلاً: عدم دلالة القضيّة الشرطيّة على الانتفاء عند الانتفاء مطلقاً، بل يكفي في صحّة الاشتراط بحسب الظهور كون الحكم ثابتاً في فرض الشرط مطلقاً وكان في فرض عدمه مورداً للتفصيل ومتوقّفاً على شرط آخر.

ففي المقام لو كان المفهوم في الخبر الأوّل هو التفصيل بين صورة وجود الوصيّ وعدمه لم يكن منافياً، فيكون مفاده أنّه إذا كان الجدّ أو الأب كان التزويج صحيحاً مطلقاً. وأمّا إذا لم يكن التزويج بيد أحدهما ففيه تفصيل: فإن كان المتصدّي له الوصيّ كان صحيحاً، وإلّا فلا. وهذا غير منافٍ لما يظهر منه.

وكذا الكلام بالنسبة إلى الثاني بل فيه أولى، فتأمّل.

وثانياً: أنّ الأب أو الأب والجدّ المأخوذين في الحكم بصحّة التزويج يمكن أن يكون من باب انطباق عنوان الوليّ عليه. وهذا الاحتمال غير بعيد بالنسبة إلى الخبر الثاني الخالي عن ذكر الجدّ غير الظاهر كونه في مقام بيان ولاية الأب بل في مقام بيان صورة صحّة تزويج الصبيّ للصبيّة، لكنّه بعيدٌ بالنسبة إلى الأوّل الّذي ربما يكون في مقام بيان ما هو الوليّ.

وثالثاً: أنّ الوصيّ يكون بمثابة الوكيل، فالتزويج مستند إلى ولاية الأب أو الجدّ، فإنّ الوصيّ عنهما إنّما يتصرّف من جهة ولايتهما، فتأمّل.

الإشكال في ولاية الوصيّ على التزويج

(*) بل في الشرائع أنّه لا ولاية للوصيّ وإن نصّ له الموصي على النكاح ↖

---

(١) وسائل الشيعة: ج ٢٠ ص ٢٩٢، الباب ١٢ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

على الأظهر[١].

وفي الجواهر بعد ذلك: الأشهر كما في المسالك، بل المشهور كما في غيرها[٢].

وعمدة المستند في ذلك صحيح محمّد بن إسماعيل بن بزيع، قال: سأله رجل عن رجل مات وترك أخوين وابنة والبنت صغيرة فعمد أحد الأخوين الوصيّ فزوّج الابنة من ابنه ثمّ مات أبو الابن المزوّج، فلمّا أن مات قال الآخر: أخي لم يزوّج ابنه فزوّج الجارية من ابنه، فقيل للجارية: أيّ الزوجين أحبّ إليك الأوّل أو الآخر؟ قالت: الآخر، ثمّ إنّ الأخ الثاني مات وللأخ الأوّل ابن أكبر من الابن المزوّج، فقال للجارية: اختاري أيّهما أحبّ إليك الزوج الأوّل أو الزوج الآخر، فقال: «الرواية فيها أنّها للزوج الأخير، وذلك أنّها قد كانت أدركت حين زوّجها وليس لها أن تنقض ما عقدته بعد إدراكها»[٣].

وما يقال أو يمكن أن يقال في الإيراد على الصحيح يلخّص في اُمور:

منها: الإضمار وعدم معلوميّة كون المسؤل هو الإمام عليه السلام.

ومنها: الاضطراب في المتن، فإنّ قول الأخ الآخر: «أخي لم يزوّج ابنه» لا يوافق قوله: «أيّ الزوجين أحبّ إليك».

ومنها: الجواب بورود الرواية،وهو لا يناسب أن يكون الجواب له عليه السلام إلّا بنحو التقيّة الموجبة لوهن التمسّك به.

ومنها: الضعف في التعليل، من جهة أنّه ليس منشأ الإشكال في المسألة جواز النقض بالنسبة إلى العقد الصادر عن البالغة وعدم جوازه، بل منشؤه بحسب الظاهر صحّة العقد الأوّل حتّى يكون الثاني باطلاً وعدم صحّته حتّى يكون الثاني صحيحاً.

ومنها ـ وهو العمدة على حسب ما يصل إليه النظر ـ : أنّ الظاهر من الخبر أنّ الأخ الأوّل لم يكن وصيّاً في خصوص التزويج، لأنّه لو كان كذلك لكان اللازم التنبيه عليه

---

(١) شرائع الإسلام: ج ١ و ٢ ص ٥٠٣.

(٢) جواهر الكلام: ج ٣٠ ص ٣٣٩.

(٣) وسائل الشيعة: ج ٢٠ ص ٢٨٢ ح ١ من ب ٨ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

في مقام السؤال بحسب طريق المحاورة، ولم يكن مجال لإنكار الأخ الثاني تزويجه وتزويجها ثانياً من ابنه، ولا أقلّ من عدم إحراز ذلك، ومعه يشكل جواز تزويجه، إذ انصراف الإيصاء خصوصاً بالنسبة إلى البنت إلى غيرالتزويج من حفظ أموالها والتصرّف فيها على وجه الصلاح والغبطة قويٌّ جدّاً، فإنّ مسيس الحاجة إلى تزويج البنت من باب مصلحة نفسها قبل بلوغ التسع قليل التحقّق بل هو كالمعدوم؛ مع أنّ إيكال الأمر إلى الوصيّ لاحتمال تحقّق الحاجة إلى تزويجها لايخلو عن مفسدة في كثير من الموارد، وهذا يصير موجباً لانصراف الإطلاق إلى غيره ممّا يحتاج إليه قبل بلوغها أيضاً من التصرّفات الماليّة وغيرها. هذا.

وقد يستدلّ على عدم ولايته في التزويج حتّى مع النصّ على ذلك بأُمور لاتخلو عن النظر:

منها: عدم الإطلاق في مادلّ على ولاية الوصيّ.

ومنها: ما تقدّم[١] من صحيح محمّد بن مسلم في الصبيّ يتزوّج الصبيّة يتوارثان؟ وفيه: «إذا كان أبواهما اللّذان زوّجاهما فنعم».

ومنها: صحيح الحذّاء[٢] الّذي يقرب منه.

ولكن يردّ الأوّل أنّ مقتضى بعض ما تقدّم من أدلّة ولاية الوصيّ: هو أنّها مقتضى ولاية الأب والجدّ.

وأنّ السيرة قائمةعلىالعمل بالوصيّة فيما للموصيالعمل فيه ولميردع عنه الشارع.

وأنّه يمكن أن يتمسّك أيضاً بإطلاق الآيةالشريفة[٣] الواردة في الوصيّة وأنّ ذكر ترك الخير من باب تحقّق موضوع الوصيّة به غالباً لا كونه شرطاً في صحّة الوصيّة، ولذا لم يشكل في غير النكاح من التصرّفات المتعلّقة بغير ماله كإجارته لبعض

(١) في ص ٣٠٠.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٢٦ ص ٢١٩ ح ١ من ب ١١ من أبواب ميراث الأزواج.

(٣) سورة البقرة: ١٨٠.

إلّا أنّ الظاهر فيه اعتبار المصلحة*؛

↲ الأعمال الّتي لها أُجرة ليتملّك أُجرته.

مع أنّه لو لم يكن الإطلاق شاملاً لغير التصرّفات المتعلّقة بماله لأشكل إجارته.

وأمّا الثاني والثالث فقد تقدّم(١) عدم دلالتهما على الحصر بحيث يدلّ على عدم ولاية الوصيّ. هذا.

مضافاً إلى أنّ مقتضى الدليل الخامس المتقدّم(٢) ولايةالوصيّ على التزويج، وحمله على الوكيل غير معهود ولا معروف.

وجوب أن يراعي الوصيّ المصلحة

(*) قالﷺ في المكاسب: هل يشترط في ولاية غير الأب والجدّ ملاحظة الغبطة لليتيم أم لا؟ ذكر الشهيد في قواعده: أنّ فيه وجهين. وفي مفتاح الكرامة: أنّ اعتبار المصلحة إجماعيّ. والظاهر من التذكرة في باب الحجر أنّه اتّفاقيّ بين المسلمين، وعن شيخه في شرح القواعد: أنّه ظاهر الأصحاب(٣). انتهى ملخّصاً.

أقول: عمدة ما يستدلّ به على وجوب مراعاة المصلحة هو الآية الناهية عن القرب من مال اليتيم ﴿إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾(٤)، وهي مقدّمة على إطلاقات دليل الولاية الثابتة للوصيّ وعدول المؤمنين وللحاكم، إذ لولا ذلك لم يبق مورد لاقتضائها، فإنّ غير الأولياء لايجوز لهم القرب منه حتّى مع مراعاة الأصلح، فموردها الأولياء، وفيه: لو قدّم الإطلاق لم يبق لها مورد. ↖

---

(١) في ص ٣٠٠.

(٢) في ص ٢٩٦.

(٣) المكاسب: ج ٣ ص ٥٧٣ ـ ٥٧٤.

(٤) سورة الأنعام: ١٥٢.

إن قلت: لايظهر من الآية الشريفة عدم صحّة التصرّف ﴿إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾، بل المحتمل كونها متعرّضة للجهة التكليفيّة، بل هي ظاهرة فيها باعتبار شمولها للتصرّفات الخالية عن الوضع كأكل مال اليتيم، فإنّ النهي المتعلّق به باعتبار أنّه قرب من ماله لايكون إلّا تكليفيّاً كما هو واضح.

وبعبارة أُخرى: لايكون متعلّق النهي هو عنوان المعاملات حتّى ينقلب ظهوره من المولويّة إلى الإرشاد إلى البطلان، بل متعلّقه عنوان القرب الّذي قد ينطبق على المعاملات وقد ينطبق على الأفعال الخارجيّة الخالية عن الاعتبار المعامليّ.

قلت: يمكن الجواب عن ذلك بوجهين:

أحدهما: أنّ المقصود الظاهر من الآية الشريفة بمناسبة المقام هو مبغوضيّة إتلاف مال اليتيم، وهذا ينافي اعتبار صحّة المعاملة عرفاً، فإنّ العرف إذا علم بأنّ الشارع المقدّس لايرضى بإتلاف مال اليتيم وأنّ إتلافه عنده من الكبائر يعلم بأنّه لا يعتبر صحّة المعاملة المبنيّة على الإتلاف من دون أن يضمنه المتلف بل ومع تضمينه، لأنّه إتلاف لكنّه متدارك بنحو من الاعتبار؛ فلو كان الإتلاف المتدارك بالضمان ـ كالأكل ـ عنده من المعاصي الكبيرة فاللازم من ذلك عرفاً عدم اعتبار الصحّة بحيث يرى العرف التنافي بين ذلك وبين اعتبار صحّة المعاملة.

ومن هذا البيان يظهر أنّه يمكن التمسّك بعدم مضيّ التصرّفات المعامليّة المنجرّة إلى إتلاف مال الصغير بالآية الدالّة على أنّ ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا﴾[1] فتأمّل.

ثانيهما: أنّه بعد النهي المستفاد من الآية المقدّم على إطلاق دليل الولاية لايبقى إطلاق يدلّ على الجواز الوضعيّ حتّى يتمسّك به، والأصل اللفظيّ والعمليّ يقتضيان فساد التصرّف في مال الغير، فإنّ المستفاد من دليل الولاية هو جواز التصرّف وعدم البأس به وضعاً وتكليفاً، فإذا ارتفع الجواز المذكور لايبقى له ظهور عرفاً في الجواز الوضعيّ.

(١) سورة النساء: ١٠.

◄فإنّ مفاده ليس مفاد العامّ الدالّ على الجوازين بحيث إذا ارتفع أحدهما يبقى الآخر.

ولو سلّم أنّه من قبيل ذلك فلاريب أنّ المنصرف إليه في الجوازين هو صورة اقتران كلّ منهما بالآخر فلا يشمل صورة التفكيك. هذا.

مع إمكان تقريب آخر في الآية للدلالة على الوضع، وهو ما يقال في تقريب دلالة مادلّ على عدم حلّيّة مال الغير إلّا بطيب نفسه على بطلان الفسخ في موارد الشكّ في اللزوم والجواز:

بأن يقال في المقام بأنّ ما كان مال اليتيم قبل المعاملة عليه محكوم بعدم القرب منه وإعطائه للآخر إلّا بالّتي هي أحسن، ولازم ذلك أيضاً بطلان المعاملة؛ فالظاهر أنّ الاستدلال بها كما في زبر الأصحاب خالٍ عن الارتياب، وهو العالم.

ثمّ إنّ مقتضى ذلك: وجوب مراعاة الأصلح على الجدّ أيضاً، لكن حيث إنّها غير شاملة للأب لكون الموضوع هو اليتيم الّذي لا يشمل صورة وجود الأب فإطلاق دليل ولاية الأب خالٍ عن المقيّد، فيجوز له بمقتضى إطلاق دليل الولاية والأخبار المتقدّم بعضها المشتمل على النهي عن الفساد بالنسبة إليه معلّلاً بأنّ الله لا يحبّ الفساد؛ فحينئذٍ يسري ذلك بالنسبة إلى الجدّ أيضاً، وذلك بملاك الأولويّة، لأنّ مقتضى الأخبار المتقدّم بعضها: كون الجدّ مقدّماً على الأب عند التعارض معه، فإذا جاز تصرّف الأب في مال الابن إذا لم يستلزم إفساد ماله فالجدّ أولى بذلك.

ويمكن أن يقال: إنّ المستفاد من بعض الأخبار المتقدّمة لإثبات ولاية الأب والجدّ أنّ ملاك ولايتهما وملاك تقدّم الجدّ عليه شيء واحد وهو كون الابن وماله لأبيه. فإذا كان الملاك واحداً يحكم بتساويهما في الولاية ولو لم يتمّ بيان الأولويّة.

هذا وجه تفصيل المتن من عدم وجوب مراعاة المصلحة على الأب والجدّ ووجوب مراعاتها على غيرهما من الأولياء.

وخلاصة ذلك أنّ مقتضى الآية: وجوب مراعاتها مطلقاً لكنّ الأب خارج عن الآية لعدم الشمول، والجدّ مخرج عنها بملاك الأولويّة أو تنقيح المناط. ◄

﴿ ولكن يمكن الإيراد على هذا الوجه بأنّ مقتضاه: الملازمة وعدم التفكيك بين الأب والجدّ في سعة الولاية وضيقها.فكما أنّه يمكن التحفّظ على ذلك بما ذكرحتّى يتخصّص الآية الشريفة بإخراج الجدّ كذلك يمكن العكس فيقيّد بذلك في عموم دليل ولاية الأب فيجب عليه مراعاة المصلحة أيضاً؛ ومع عدم الرجحان يرجع إلى أصالة عدم الولاية بالنسبة إلى غير مورد المصلحة، ومقتضى ذلك: كون الأب والجدّ وسائر الأولياء بحكم واحد، لكن قد مرّ[1] أنّ مقتضى غير واحد من الأخبار: جواز تصرّف الوليّ تصرّفاً لايكون أحسن من تركه، كالاقتراض من ماله أو المخالطة معه أو الاتّجار بماله إذا كان له مال يحيط بماله.

مضافاً إلى أنّ نقل ماله من محلّ إلى محلّ آخريكون مساوياً له في المصلحة لايكون حراماً بحسب ارتكاز المتشرّعة مع أنّ النهي عن العمل غير المضرّ بحاله الخالي عن المصلحة خالٍ عن الملاك الظاهر، فتأمّل.

فلابدّحينئذٍ أن يجمع بين مفاد الآيةالشريفة والمستفاد من الأخبار المطابقللارتكاز.

ويمكن ذلك لوجهين:

أحدهما: ما تقدّم[2]، وخلاصته أنّ القرب يشمل الإمساك والتصرّف المساوي له كالاقتراض،فلابدّ أن يكون الجامع بينهما أحسن من غيره وهو الأكل من دون اقتراض. ولايكون مفاد الآية الشريفة لزوم كون شخص التصرّف الخاصّ أحسن من غيره، إذ لايتّفق ذلك غالباً، لكن مقتضى ذلك: وجوب التجارة بمال اليتيم له إذا كان أحسن من إمساكه أمانةً.

ثانيهما: أن يكون مفادها النهي عن التسلّط على مال اليتيم إلّا بالّتي هي أحسن، فيكون القرب كنايةً عن إيقاع اليد عليه وجعله تحت يده وسلطانه، فلا يجوز التسلّط عليه ووضع اليد عليه إلّا بالّتي هي أحسن من ترك القرب وعدم وضع اليد عليه، فيكفي في ذلك كون القرب أحسن من تركه. ومنه يظهر الوجه في عدملزوم تحرّي الأحسن.﴾

(١ و ٢) في ص ٢٨٩.

ولايكفي مجرّد عدم المفسدة، كما أنّ الأحوط فيه لولا الأقوى اعتبار العدالة*، وسيأتي تفصيل ذلك في كتاب الوصيّة.

◄ لكنّ الثاني خلاف ظاهر الآية قطعاً. وظاهرها على ما يصل إليه النظر ـ وهو العالم ـ النهي عن القرب من مال اليتيم ووضع اليد عليه إلّا بالكيفيّة الّتي هي أحسن الكيفيّات وبالصفة الّتي هي أحسن الصفات.

ومقتضى ذلك أمران:

أحدهما: عدم خروج الإمساك في اليد عن مفاد القرب فيلاحظ الأحسنيّة بالنسبة إليه أيضاً، فلو كان الإمساك أو الاقتراض أحسن من الإقراض للغير كان الواجب عليه أحد الأمرين، ولو كان التصرّف أحسن من الإمساك في اليد يجب عليه التصرّف.

ثانيهما: وجوب تحرّي الأحسن، لأنّ التصرّف أو الإمساك مع التحرّي أحسن كيفيّةً من سائر الكيفيّات. وقد عرفت عدم وضوح خروج الجدّ بل الأب عن تلك القاعدة، وهو العالم.

اعتبار العدالة في القيّم من جانب الأب والجدّ

(*) هذا بناءً على اعتبار العدالة في الوصيّ ـ كما نسب إلى المشهور ـ واضح، لأنّه من أفراده، وكذا بناءً على اعتبار العدالة في الوليّ كما تقدّم نقله[1] عن الوسيلة والإيضاح حتّى بالنسبة إلى الأب والجدّ.

وأمّا إذا لم نقل بذلك كما هو مبنى المتن ـ على ما يظهر من المقام ومن باب الوصيّة ـ فإقامة الدليل عليه لايخلو عن إشكال، فإنّ أقصى ما يمكن الاستدلال عليه هو صحيح إسماعيل بن سعد الأشعريّ عن الرضا عليه السلام، وفيه: وعن الرجل يموت بغير وصيّة وله ◄

---

(١) في ص ٢٨٥.

ولد صغار وكبار ـ إلى أن قال: ـ فقال: «إذا كان الأكابر من ولده معه في البيع فلا بأس إذا رضي الورثة بالبيع وقام عدل في ذلك»[١].

بدعوى أنّ المستفاد منه اعتبار العدالة في ولاية الأجنبيّ، وخصوصيّة المورد ملقاة بنظر العرف.

وفي المقيس والمقيس عليه نظر:

أمّا الثاني فلما يستفاد من بعض الأخبار من كفاية الوثوق، ومن المحتمل أن يكون الوثوق طريقاً إلى إحراز غبطة اليتيم فهو شرط لترتيب الأثر على معاملته في مقام الإثبات، فإنّه المتفاهم عرفاً من اشتراط العدالة أو الوثوق، وسيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى في بحث ولاية المؤمنين.

وأمّا الأوّل فلأنّ دعوى القطع بعدم الخصوصيّة مشكلة جدّاً، إذ من المحتمل قريباً أن يكون الوصيّ بحكم الموصي، فكما لا يعتبر في ولايته العدالة ـ كما تقدّم ـ كذلك لا يعتبر فيه.

هذا في مقام الثبوت.

وأمّا في مقام الإثبات وترتيب الأثر على معاملاته فقد تقدّم[٢] الإشكال فيه مع دفعه.

اعتبار الإسلام على فرض عدم اعتبار العدالة

ثمّ إنّه قد حكى في المستمسك عن المسالك وكشف اللثام والجواهر الإجماع على اشتراط ولاية الأولياء المذكورين بالإسلام، وعن الحدائق أنّه لاخلاف بين الأصحاب فيه، ثمّ ادّعى الإجماع على ذلك بالنسبة إلى الولد المسلم. وقد استدلّ له بقوله عزّ من قائل: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَـٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾[٣] وقوله ﷺ: «الإسلام يعلو

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٦٢ ح ١ من ب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٢) في ص ٢٨٦.

(٣) سورة النساء: ١٤١.

ولا يعلى عليه»[١] وقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَـٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾[٢][٣].

ويمكن الاستدلال له أيضاً بقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَتَّخِذُوا۟ ٱلْيَهُودَ وَٱلنَّصَـٰرَىٰٓ أَوْلِيَآءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ وَمَن يَتَوَلَّهُم مِّنكُمْ فَإِنَّهُۥ مِنْهُمْ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يَهْدِى ٱلْقَوْمَ ٱلظَّـٰلِمِينَ﴾[٤].

وفي الكلّ نظر حتّى آية نفي السبيل، إذ يمكن أن يكون الظاهر منها بقرينة الجملة الّتي قبلها ﴿فَاللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ ٱلْقِيَـٰمَةِ﴾ أنّها مربوطة بالقيامة.

وإن أبيت عن ذلك قلت: إنّ الذيل أمر كلّيّ فلاريب أنّ لسانه الامتنان على المسلم، فلايشمل ما كان جعل ذلك للخدمة وحفظ مصلحته، فالأب المسلم حيث يرى أنّ جعل كافر متنفّذ عاقل صالح في اُمور الدنيا قيّماً على صغيره يكون على طبق مصلحته فالظاهر عدم شمولها لذلك، إذ ليس ذلك مصلحة المسلم.

ويحتمل أن يكون اللام في ﴿ٱلْكَـٰفِرِينَ﴾ للإشارة إلى ﴿ٱلْكَـٰفِرِينَ﴾ المذكور في الآية السابقة وصدر الآية قال تعالى شأنه: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ جَامِعُ ٱلْمُنَـٰفِقِينَ وَٱلْكَـٰفِرِينَ فِى جَهَنَّمَ جَمِيعًا * ٱلَّذِينَ يَتَرَبَّصُونَ بِكُمْ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ فَتْحٌ مِّنَ ٱللَّهِ قَالُوٓا۟ أَلَمْ نَكُن مَّعَكُمْ وَإِنْ كَانَ لِلْكَـٰفِرِينَ نَصِيبٌ قَالُوٓا۟ أَلَمْ نَسْتَحْوِذْ عَلَيْكُمْ وَنَمْنَعْكُم مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ فَاللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ ٱلْقِيَـٰمَةِ...﴾[٥]. هذا.

مع أنّ حكومتها على الإطلاقات المثبتة للولاية غير واضحة إلّا أن يرجع بعد التعارض إلى الأصل.

مع أنّ الأخذ بإطلاقها في التشريعيّات خلاف ضرورة العقل والنقل، لأنّ لازمه عدمُ ضمان المسلم لمال الكافر وإن سرقه أو غصبه، وعدمُ جواز أن يطالب الكافر من المسلم اُجرة عمله، وأن لا يستحقّ مطالبة دينه، ولا يستحقّ مطالبة ما اشترى منه،

---

(١) عوالي اللآلئ: ج ١ ص ٢٢٦ ح ١١٨.
(٢) سورة التوبة: ٧١.
(٣) مستمسك العروة الوثقى: ج ١٤ ص ٤٨٢.
(٤) سورة المائدة: ٥١.
(٥) سورة النساء: ١٤٠ ـ ١٤١.

المسألة الثالثة والعشرون: إذا فُقد الأب والجدّ والوصيّ عنهما يكون للحاكم الشرعيّ*

﴿وهذا موجب لاختلال نظم الاجتماع المختلط بالكافر، والسياق لعلّه آبٍ عن التخصيص، خصوصاً مثل هذه التخصيصات الّتي لاتكون قليلة.

ولاية الحاكم الشرعيّ

(*) المستفاد من العبارة أُمور:

أحدها: عدم ولاية الحاكم الشرعيّ عند وجود الأب أو الجدّ له أو الوصيّ عنهما.

ثانيها: ولايته عند فقد هؤلاء.

ثالثها: انحصار الولاية به عند الفرض وعدمُ جواز تصرّف عدول المؤمنين.

ولايخفى أنّ تحقيق الحقّ يتوقّف على بيان أُمور:

الأوّل في ذكر آراء الأصحاب:

فقدقال السيّدالماجد في كتاب الحجر:وأمّا أنّهما إن فُقدا فالولاية للوصيّ لأحدهما، فإن فُقد الوصيّ فالحاكم، فلاخلاف في ذلك ولايةً وترتيباً، ولا في كون المراد بالحاكم حيث يطلق مَن يعمّ الفقيه المأمون الجامع لشرائط الفتوى[١].

وقال في الجواهر مازجاً كلامه بالمتن: «فإن لم يكونا فللوصيّ، فإن لم يكن فللحاكم» أي الفقيه المأمون الجامع للشرائط، بلاخلاف أجده في شيء من ذلك بل ولا إشكال، فإن لم يكن الحاكم فظاهر جملة من العبارات المعدّدة للأولياء: عدم الولاية حينئذٍ لأحد، بل هو صريح المحكيّ عن ابن إدريس[٢]. ﴾

---

(١) مفتاح الكرامة: ج ١٦ ص ٨٢.

(٢) جواهر الكلام: ج ٢٧ ص ٢٠٣.

ما يستدلّ به على ولاية الحاكم الشرعيّ

الثاني: ما يستدلّ به على ولايته أُمور:

منها: مارواه المشايخ الثلاثة عن محمّد بن عيسى عن صفوان بن يحيى عن داود بن الحصين عن عمر بن حنظلة عن أبي عبدالله عليه السلام، وفيه: قال: «ينظران من كان منكم ممّن قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا فليرضوا به حكماً، فإنّي قد جعلته عليكم حاكماً»(١).

والظاهر اعتبار الخبر من حيث السند، خصوصاً بعد كون الراوي عن محمّد بن عيسى ثلاثة منهم محمّد بن عليّ بن محبوب من دون اختلاف في النقل، وهو الّذي وثّقه النجاشيّ، وليس في البين ما يدلّ على الجرح فيه من حيث صدق الحديث فراجع. وهو ينقل عن صفوان وهو من أصحاب الإجماع فهو بحكم الصحيح. مضافاً إلى توثيق داود ومدح عمر بن حنظلة في الرجال.

وأمّا دلالته على المدّعى فتقريبها من وجهين:

أحدهما: أن يقال: إنّ قوله: «فإنّي قد جعلته عليكم حاكماً» ظاهر في الحكومة بمعنى السلطنة بمعنى أنّ جميع أحكامه نافذة في حقّكم ولو كان ذلك لمصلحة يراها من غير أن يكون مستنداً إلى الأدلّة الشرعيّة كما في حكم الإمام عليه السلام، فإنّ حكمه تمام الموضوع لوجوب الإطاعة، وحينئذٍ فإن حكم بلزوم كون مال الصغير تحت يده وأن يكون النقل والانتقال المتعلّق به بنظره فهو نافذ.

ويؤيّد ذلك ما في الصدر من قول السائل: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعة في دين أو ميراث، فتحاكما إلى السلطان وإلى القضاة».

وجه التأييد أنّ المناسب للنهي عن الرجوع إلى سلطان الجور جعل ما هو بمنزلته من رجال الفقه والحديث بحيث لم يكن فرق بين المنهيّ عن الرجوع إليه والمأمور

---

(١) وسائل الشيعة: ج ٢٧ ص ١٣٦ ح ١ من ب ١١ من أبواب صفات القاضي.

↲ بالرجوع إليه إلّا الحقّ والباطل.

ثانيهما: أنّه ولو فرض كون الظاهر من جعل الفقيه حاكماً هو القضاوة في الأحكام ورفع النزاع والخصومة لكنّ الظاهر منه جواز التصرّف في ما كان التصرّف فيه من شؤون القضاة، لأنّه لا شبهة في أنّ التصرّف في أموال الغائبين والقاصرين إذا لم يكن لهم وليّ من الأب والجدّ والوصيّ كان مربوطاً بالقضاة والولاة، فإنّهم الموظّفون بالقيام بمصالح العباد، وأمّا سائر الناس فهم مشتغلون بشؤونهم ولهم شأن غير شأن الدخالة في الأمور الحسبيّة غير المربوطة بأشخاصهم. هذا.

ولكن في التقريبين نظر:

أمّا الأوّل فلمنع ظهوره في جعل الحكومة بمعنى السلطنة، خصوصاً مع كون المورد هو الاحتياج إلى الحكم الشرعيّ لا إعمال السلطنة، وخصوصاً مع قوله عليه السلام: «فإذا حكم بحكمنا»، لا سيّما بملاحظة المناسبة بين الحكم ـ وهو الرجوع ـ والموضوع وهو «من روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا»، فإنّه مناسب لجعل حكم الحاكم طريقاً إلى كونه حكمهم عليهم السلام بدون أن يكون لحكم الفقيه موضوعيّة لوجوب التنفيذ.

وأمّا المناسبة مع الصدر فيكفي فيها جعل القاضي والمرجع في الحكم في قبال ما في الصدر، فإنّ المفروض في الصدر أنّ الاحتياج إلى السلطان أو القاضي لم يكن إلّا في الحكم ورفع النزاع لا في إعمال السلطنة فجعل الإمام عليه السلام مرجعاً صالحاً للحكم من دون الاحتياج إلى الرجوع إلى السلطان أو القاضي.

والحاصل: أنّه عليه السلام جعل الفقيه في قبال سلطان الجور والقاضي من قبله الّذي سأل عنه السائل في رجوع المرافعة إليهما مرجعاً صالحاً لإصدار الحكم على طبق أحكامهم. ولعلّ السرّ في بيان مقدار لزوم العمل بحكمه من أنّ الردّ عليه في حدّ الشرك به تعالى أن يكون مراعاة ذلك ضامناً لإجراء الحكم في قبال ضمانة الإجراء الثابتة في السلطان والقاضي من قبله من القدرة والنفوذ الحاصل من كثرة الجنود والسلاح.

وأمّا الثاني فلأنّ وجود التلازم العرفيّ بين إعطاء منصب القضاوة من طرف ↰

السلطان الجائر وولايته على أموال الصغار ـ مثلاً ـ لايقتضي وجوده بين إعطائه من الإمام عليه السلام وبينها.

مع أنّ التلازم العرفيّ إنّما هو في مورد تعيين شخص خاصّ، والتلازم بين إعطاء المنصب المذكور بنحو العموم إلى الفقهاء غير المستلزم لتكفّل أحد منهم لذلك بنحو التعيين ممنوع. هذا.

مع أنّه لو كان المستفاد من مثله ذلك لكان بالإطلاق ومن باب عدم التنبيه على عدم تعرّضه لموارد الولاية ومقتضى إطلاق ما سيجيء ممّا دلّ على جواز تصرّف العدول والثقات،ومقتضى الإطلاقين:جواز تصرّف الفقيه والعدول، فلا يثبت بذلك اختصاصها به.

مع أنّه لو كان مقتضى الملازمة العرفيّة اختصاصها به لايكون ذلك إلّا بالإطلاق المقاميّ كما أُشير إليه، وهو معارض بإطلاق دليل ولاية العدول فيرجع إلى إطلاق المستثنى الوارد في آية النهي عن القرب من مال اليتيم **إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ**. فتأملّ.

إلّا أن يقال: إنّ سيرة المسلمين المستمرّة من زمن الرسول والوليّ عليهما السلام والصلاة كانت على تصدّي القضاة لذلك،فإنّ السيرة الموجودة في زمن الخلفاء تكشف عن ذلك.

لكنّ الإنصاف: أنّها لا تدلّ إلّا على جواز تصدّي الحاكم، ولا دليل على الانحصار به فيرجع إلى إطلاق ولاية العدول والثقات كما سيجيء إن شاء الله تعالى في مبحث ولاية عدول المؤمنين.

ومنه يظهر الكلام في خبر أبي خديجة، وفيه: «إيّاكم إذا وقعت بينكم خصومة أو تدارى في شيء من الأخذ والعطاء أن تحاكموا إلى أحد من هؤلاء الفسّاق، اجعلوا بينكم رجلاً قد عرف حلالنا وحرامنا، فإنّي قد جعلته عليكم قاضياً»(١).

ويمكن أن يقال أيضاً بالنسبة إلى الخبرين: إنّه على فرض الغضّ عمّا ذكر يكون دليل الرجوع إلى المؤمنين بل آية النهي عن القرب من مال اليتيم **إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ** بالإطلاق الحاكم بجواز مداخلة العادل أو من يوثق به وارداً على الخبرين،إذ موضوع

---

(١) وسائل الشيعة: ج ٢٧ ص ١٣٩ ح ٦ من ب ١١ من أبواب صفات القاضي.

الأوّل هو المنازعة وموضوع الثاني يكون عنوان المخاصمة. فمع التعدّي إلى غير ما يصدق عليه العنوانان فلا يتعدّى إلّا إلى مورد الاحتياج وعدم وضوح الحكم أو تكليف الموضوع مع قطع النظر عن المراجعة إلى الحاكم، ومقتضى إطلاق ما تقدّم: جواز التصرّف لكلّ مؤمن ثقة أو عادل.

والحاصل: أنّ الحكم بالرجوع إلى الحاكم في مورد الاحتياج إليه فيحكم بالرجوع إلى الفقيه الإماميّ العادل دون غيره، لا في غير مورد الاحتياج إليه. والإطلاق المذكور رافع للاحتياج.

ومنها: مارواه عن الصدوق، قال: قال عليّ عليه السلام: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: اللّهمّ ارحم خلفائي ـ ثلاثاً ـ قيل: يا رسول الله ومن خلفاؤك؟ قال: الّذين يأتون بعدي يروون[1] حديثي وسنّتي»[2].

وفيه ـ مضافاً إلى الإرسال ـ : عدم الدلالة على الخلافة العامّة بالنسبة إلى كلّ من يأتي بعده صلى الله عليه وآله ويروي حديثه وسنّته. لعدم تحقّق عنوان الفقاهة بصِرف رواية الحديث والسنّة. ولذا شرط في المقبولة وما بعدها أن يكون المرجع هو العارف بالحلال والحرام ولم يكتفِ في الأُولى بصِرف رواية الحديث مضافاً إلى لزوم العدالة أو الوثاقة.

والحاصل: أنّ الالتزام بالظهور المدّعى ثمّ إخراج غيرالفقيه وغيرالعادل لعلّه مستلزم للتخصيص الكثير أو الأكثر، وهذا لا يتأتّى في المقبولة وأمثالها، فتأمّل.

فلابدّ من الحمل على معنىً لايلزم التخصيص المذكور:

فنقول: يمكن أن يقال: إنّ الظاهر منه ولو بقرينة «يأتون بعدي» هم الّذين يأتون بعده بعنوان تصدّي مقامه، إذ ليس المراد من ذلك بحسب الظاهر أن يشترط في خلافته أن يوجد ويتولّد بعده، لأنّه لا يشمل من هو أولى به من جميع الناس ولا يشمل سبطيه سلام الله عليهم. فالمراد به بحسب الظاهر: من يأتي بعده بعنوان التصدّي لمقامه ولكن

---

(١) في الوافي: ج ١ ص ١٤٦ ح ٧ من باب فضل العلماء عن الفقيه: «ويروون...».

(٢) وسائل الشيعة: ج ٢٧ ص ١٣٩ ح ٧ من ب ١١ من أبواب صفات القاضي.

بشرط كونه بصددبيان حديثه وحفظ سنّته، لا بصدد الإبداع في الدين أو الزيادة عليه بالقياسات الّتي لم يجعل الله لأحد إليها سبيلاً، وذلك ينحصر في المعصومين عليهم السلام.

ويمكن أن يكون المقصود ـ وهو العالم ـ بيان أنّ صِرف هذا الشأن ـ وهو الاشتغال برواية حديثه وسنّته ـ يكون خلافته، لا إعطاء الخلافة بالنسبة إلى الأشخاص المتّصفين بالصفة المذكورة، فهو بيان لحقيقة الخلافة المقصودة بهذه الرواية ولايكون الاتّصاف بذلك موضوعاً للخلافة، فالمقصود أنّ الخلافة عنه صلى الله عليه وآله حتّى في إبلاغ الأحكام مشمول لنظره الشريف، والمتصدّي له مشمول لدعائه المبارك ومرحوم بدعائه. وكيف كان، فعدم دلالته على ولاية الفقيه واضح بحسب الظاهر.

ومنها: قول أبي عبدالله الحسين سلام الله عليه على ما في تحف العقول في طيّ خبر طويل: «ذلك بأنّ مجاري الأُمور والأحكام على أيدي العلماء بالله، الأُمناء على حلاله وحرامه، فأنتم المسلوبون تلك المنزلة، وما سُلبتم ذلك إلّا بتفرّقكم عن الحقّ»[1].

وفيه: أنّه ليس المقصود بحسب الظاهر من الكلام المذكور هو الفقهاء، لوجوه:

منها: كون الصدر والذيل بصدد التوبيخ على التفرّق عن الحقّ في مقام الحكومة والخلافة. ومن كان يستحقّ ذلك في الزمان المذكور هو نفسه الشريفة، لا مطلق فقهاء الشيعة كما هو واضح.

ومنها: إضافة العلماء به تعالى، فإنّها ظاهرة ـ على ما يصل إليه النظر ـ في المعرفة الكاملة الّتي تكون تحت القدرة البشريّة، فالعالم بالأحكام غير العالم بالله.

ومنها: التقيّد بالأُمناء على حلاله وحرامه، فإنّ الكلام المذكور ظاهر أو مشعر بمن أُودع عنده حلاله وحرامه وجعل ذلك عنده وديعة من جانب الله، وليس المجتهد العارف بالمسائل مصداقاً لذلك، إذ الأمين على الشيء غير مطلق من يكون الشيء عنده ولو كان برضاً من صاحبه الأصليّ. كيف، ولو كان الفقيه مصداقاً لذلك كان العارف بالمسائل الفرعيّة عن تقليد أيضاً كذلك. هذا.

(١) تحف العقول: ص ٢٣٨. مستدرك الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٥ ح ١٦ من ب ١١ من أبواب صفات القاضي.

↲ مع أنّ العارف بالأحكام والسنن بزعمهم كعمرو بن عاص وأبي هريرة وغيرهما كان دخيلاً في دولتهم، فالظاهر أنّ المقصود بذلك ما شرحناه، فيكون ما ذكرهعليه السلام في مقام لزوم كون الحكومة بيد من له ربط بعالم الغيب ويكون أميناً عليه، فافهم وتأمّل.

ومنها: ماروراه في الوسائل عن كتاب إكمال الدين وإتمام النعمة عن محمّد بن محمّد ابن عصام عن محمّد بن يعقوب، وعن كتاب الغيبة للشيخرحمه الله عن جماعة عن جعفر بن محمّد بن قولويه وأبي غالب الزراريّ وغيرهما، كلّهم عن محمّد بن يعقوب عن إسحاق ابن يعقوب، قال: سألت محمّد بن عثمان العمريّ أن يوصل لي كتاباً، قد سألت فيه عن مسائل أشكلت عليّ، فورد التوقيع بخطّ مولانا صاحب الزمانعليه السلام: «أمّا ما سألت عنه أرشدك الله وثبّتك ـ إلى أن قال: ـ وأمّا الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا، فإنّهم حجّتي عليكم وأنا حجّة الله...»[١].

الظاهر أنّه لاينبغي الإشكال من حيث السند، فإنّ صدور الخبر عن محمّد بن يعقوب مقطوع،لنقل جماعة عنه كما عرفت في طيّ نقل السند وهوفي الجلالة كالشمس في رابعة النهار. وأمّا إسحاق بن يعقوب فالظاهر كون خبره هذا معتبراً جدّاً، لنقل محمّد ابن يعقوب لعدّة من الرواة والأجلّاء،فهودليل على الركون إليهولومن جهةحسن الظاهر، خصوصاً مع كون الظاهر أنّه جدّه وهو أعلم بحاله.

مع كون المتن مشتملاً على الحكم الشرعيّ وهو وجوب الرجوع إلى الرواة، وهذا يقتضي الاحتياط في النقل إن لم يكن الخبر مورداً لوثوقه. هذا.

مع كون المتن مشتملاً على مطالب عالية وأجوبة شافية يبعد أن يكون لمثل إسحاق ابن يعقوب الّذي لم يشاهد منه على ما يقال ويساعده التتبّع الناقص إلّا هذا التوقيع الرفيع؛ فالمظنون بلحاظ المتن أن يكون منه عجّل الله تعالى فرجه حيث بيّن فائدة وجودهعليه السلام مع غيبته وقاس عمّه جعفر وولده بإخوة يوسف وابن نوح، فراجع جامع الرواة وتنقيح المقال وغيرهما. ↰

---

(١) وسائل الشيعة: ج ٢٧ ص ١٤٠ ح ٩ من ب ١١ من أبواب صفات القاضي.

◄ وأمّا تقريب دلالته فمن وجهين:

أحدهما: أنّ المقصود بالحوادث الواقعة ما يعمّ الموضوعات الّتي يرجع فيها إلى المحاكم العرفيّة وليست منحصرةً بخصوص الموضوعات المعضلة من حيث الحكم، وذلك لإطلاق الكلام. ولو كان المعهود في السؤال أمراً غير ذلك ولم يكن المسؤول عنه مناسباً لإطلاق المنقول في الجواب لكان على الراوي نقله ولكان محمّد بن يعقوب يسأل إسحاق؛ فالمظنون بل الظاهر أنّه لم يكن المسؤول عنه إلّا العنوان المأخوذ في الجواب. هذا.

مضافاً إلى أنّ السؤال عن المرجع في الأحكام والمسائل بتلك العنوان غير مأنوس، فإنّه يسأل طبعاً عمّن يؤخذ عنه معالم الدين وعمّن يرجع إليه وعمّن يسأل.

مع إمكان أن يقال: إنّ مسبوقيّة الجملة المذكورة بالسؤال عن الحوادث الواقعة غير معلومة، وصِرف السؤال عن أُمور يمكن أن يكون المبحوث منها لا يصلح للقرينيّة، فالشكّ إنّما هو في وجود القرينة لا في قرينيّة الموجود، والمعروف هو البناء على العدم، لاحتجاج العقلاء بالكلام الظاهر لولا القرينة المحتملة.

ويمكن أيضاً أن يقال: إنّ مقتضى الاستصحاب: عدم السؤال عن الحوادث الواقعة وعمّا يتعلّق بذلك، فيكون اللفظ المذكور حجّةً على الإطلاق، فإنّ الحجّيّة أمر شرعيّ قابل للجعل، فمقتضى الاستصحاب: إحراز ما هو موضوع الأثر الشرعيّ وهو الحجّة على الإطلاق الثبوتيّ وأنّ مورد الرجوع إلى رواة الحديث هو مطلق الحوادث الواقعة المناسبة للرجوع فيها إلى المحاكم الصالحة.

إن قلت: الأصل المذكور مثبت، فإنّ الحجّيّة عارضة للّفظ بتوسيط الظهور، فإنّ ماهو الحجّة هو الظاهر، والأصل المذكور لا يثبت الظهور، لأنّه أمر تكوينيّ لا تناله يد الجعل، والأثر الشرعيّ ـ وهو الحجّيّة ـ ثابتة له بتوسيط هذا الأمر التكوينيّ، وهو أيضاً لايثبت بالأصل على ما هو المشهور المعروف من عدم حجّيّة الأصل المثبت.

قلت: ليس الظهور إلّا القطع أو الاطمينان أو الظنّ الشخصيّ أو النوعيّ الحاصل من ◄

↵اللفظ الخالي عن القرينة على المراد، ولا يكون متعلّق الحجّيّة هو الظهور بحيث لايكون اللفظ إلّا موجداً للظهور الّذي هو موضوع للحجّيّة كما هو الواضح بعد ملاحظة طريق العقلاء.

بل إمّا أن يكون الظهور حكمةً في صحّة الاحتجاج باللفظ فيكون اللفظ الخالي عن القرينة تمام الموضوع لصحّة الاحتجاج.

والشاهد على ذلك عدم اشتراط وجود الظنّ فعلاً، ووجودُ الظنّ النوعيّ المفقود في خصوص الكلام لبعض الجهات الخارجيّةلايكون ظهوراً،فإنّهمساوق لعدم الظنّ فتسمية ذلك باسم الظهور لايخلوعن المسامحة،ولذا قديعبّرعن موضوع الحجّةبالظاهر النوعيّ.

فالموضوع للحجّيّة هو اللفظ الخالي عن القرينة والحكمةُ في صحّة الاحتجاج هو الظنّ النوعيّ أو الاطمينان كذلك الّذي هو مساوق للظهور النوعيّ.

وإمّا أن يكون الموضوع لها هو اللفظ الظاهر المنطبق خارجاً وبالحمل الشائع الصناعيّ على اللفظ الخالي عن القرينة، وهو قابل للإحراز بالأصل كما عرفت، فتأمّل فإنّه لا يخلو عن بحث.

هذا غاية ما وصل إليه النظر بعونه تعالى في الاستدلال بالجملة الشريفة.

ثانيهما: أن يقال: إنّ المقصود من جعلهم حجّة من قبله روحي فداه هو المقصود من كونه عليه السلام حجّةً من جانب الله تعالى، فحينئذٍ يمكن أن يقال: إنّ الظاهر من الحجّة هو ما يحتجّ به تعالى على الخلق في جميع ما يتعلّق بهم من مصالحهم. وكون مفادها مقصوراً بالأحكام الكلّيّة أو القضاوة في المخاصمات ممنوع، فكما أنّ العباد محتاجون إلى أحكام معاشهم ومعادهم وتربية أرواحهم وتزكية نفوسهم كذلك هم محتاجون إلى من يدير اُمورهم: من جباية الخراج والزكوات على الوجه الصحيح، وإغاثة المظلوم ودفع الظالم، والدفاع عن حملات الأعداء، إلى غير ذلك ممّا يتعلّق بالنظام النوعيّ المدنيّ أو الاُمور المربوطة بالأيتام والمجانين والغائبين والممتنعين عن أداء الحقوق، كالشريك الّذي لايرضى بالإفراز ويوجب الإضرار على شريكه؛فكما أنّه تعالى يحتجّ بوجوده ↵

◄على العباد في تبليغ الأحكام كذلك يحتجّ بوجوده عليه السلام لحفظ المصالح مثلاً. فله أن يؤاخذهم لبسط الفساد وفقد العدل، لوجود من كان يقدر على بسط العدل ورفع الفساد، وليس للعباد أن يعترضوا عليه تعالى بعدم استقامة أُمورهم من جهة عدم وجود من يكون صالحاً للتصرّف في الأُمور.

والحاصل: كما أنّ الأحكام تصلح أن تكون مورداً للاحتجاج كذلك سائر مصالح العباد صالح لذلك، فتخصيص الحجّة بذلك غير واضح.

هذا بالنسبة إلى مقامه المنيع.

وأمّا بالنسبة إلى رواة الأحاديث فلا يبعد أن يكون الظاهر أنّهم حجج بذاك المعنى من قبله، فإنّ العباد الصالحين محتاجون إلى الحكومة الصالحة في غيبته وليس الصالح لذلك إلّا العالم العادل، وحيث إنّه متّصف بالصفتين ولا يحكم إلّا بعد وضوح الحجّة فلامحالة يشاور في الأُمور الّتي هو أجنبيّ عنها، كما أنّ القضاوة أيضاً مستلزمة في كثير من الأوقات للمراجعة إلى أفراد لتشخيص الشاهد العادل مثلاً أو غير ذلك، وهذا واضح. والفرض أنّ كون الموضوع لإعطاء المنصب الرفيع المزبور هو الرواة لايوجب الانصراف إلى خصوص الأحكام، فإنّ الحكومة الصالحة لو كانت في عصر الغيبة محوّلةً إلى قوم فلابدّ أن يكون هم الرواة، لأنّهم علماء عدول لايعدل عنهم إلى غيرهم.

ومن ذلك يظهر أنّ احتمال العهد في الجملة الأُولى غير مضرّ كما أنّ الإطلاق غير مفيد، فإنّ التعليل الواقع في الذيل أو ما هو بمنزلة التعليل يرفع الإجمال إن كان ويقيّد الإطلاق إن كان مفاده أضيق منه.

والحاصل: أنّه يمكن أن يقال: إنّه عليه السلام كما يكون حجّة على العباد من قبله تعالى بالنسبة إلى مصلحة بيان الأحكام وتعليم الحلال والحرام ومقتضى ذلك: كون تكفّل المصلحة المزبورة بيده كذلك يكون حجّةً عليهم بالنسبة إلى المصالح العامّة الدنيويّة ومقتضاه:كون تكفّل تلك المصلحة بيده وأمره محوّلاً إليه. وحينئذٍ يمكن أن يقال: إنّ الفقيه حجّة أيضاً فيما هو حجّة فيه لكنّه حجّة من قبله تعالى والفقيه حجّة من قبله ◄

﴿عليه آلاف التحيّة والثناء،وقد عرفت أنّ مقتضى حجّيّته بالنسبة إلى المصالح الدنيويّة العامّة الّتي تفرض للعباد: كون أمرها بيده.

هذا على فرض عدم كون ولايته عليه السلام مفروضةً بالنسبة إلى الصغير أو المجنون بالخصوص وكانت ولايته عليهما في ضمن الولاية العامّة على الكبار.

وأمّا لو كان في زمن بسط يده الشريفة ولايته مفروضةً من جهة أنّ السلطان وليّ من لا وليّ له وغيره فكونه عليه السلام حجّةً عليهم من قبله تعالى بالنسبة إلى ذلك أيضاً واضح، لأنّه تعالى كما يحتجّ على العباد في الأحكام بهم كذلك يحتجّ عليهم بترك إرجاع أموال اليتامى إليهم بهم، ولعلّ الظاهر من التوقيع الرفيع إعطاء الحجّيّة المذكورة للفقيه العادل أي راوي الحديث.

لكنّ الإنصاف: أنّ الاستدلال به لولاية الفقيه على أموال الصغار غير خالٍ عن المناقشة، فإنّ كونهم عليهم السلام حججاً من قبله تعالى وكون الفقيه حجّة من قبله عليه السلام لا يقتضي إلّا وجود ما يحتجّ له في الجملة ولا يدلّ على وجود ما يحتجّ له في كلّ مورد يمكن أن يكون موجوداً، فعلى تقدير وجوب إرجاع الحكومة إليهم عليهم السلام يحتجّ تعالى بوجودهم في بيان حكم الحكومة من أنّ الواجب إرجاعها إليهم، ويحتجّ أيضاً بوجودهم وظهورهم في تحقّق الموضوع وقدرة الخلائق على الالتجاء بسلطانهم لحفظ العدل، لكن صِرف كونهم حججَه تعالى لا يقتضي ذلك، وكذلك الأمر بالنسبة إلى الفقيه.

فحينئذٍ نقول بالنسبة إلى المبحوث عنه ـ وهو الولاية على مال الصغير ـ:

أوّلاً: إنّ اختصاصها بالإمام عليه السلام غير معلوم، والولاية العامّة الثابتة له بالنسبة إلى جميع الناس من الصغير والكبير لايقتضي لزوم الرجوع إليه كما في الكبير، بل له أن يتصرّف في أموالهم حسب ما يراه من المصلحة بمقتضى الولاية العامّة الثابتة بالأدلّة المذكورة في مكاسب العلّامة الأنصاريّ[1].

وثانياً: على فرض اختصاصها به عليه السلام لايقتضي جعل الفقيه حجّةً إلّا الاحتجاج به ﴾

---

(١) راجع المكاسب: ج ٣ ص ٥٤٥، مسألة ولاية الفقيه.

↵على فرض اختصاصها بالفقيه وهو أوّل الكلام.

وثالثاً: على فرض دلالة جعل الحجّيّةعلى ذلك ولو من باب الملازمةالعرفيّة الّتي قد مرّ الإيماء إليها في ذيل التكلّم في المقبولة أو من باب الاحتجاج في المحتمل ولو في نظر الفقيه فإنّ إطلاق الحجّة يقتضي تنجّز الاحتمال فيجب الرجوع إليه، لأنّه المتيقّن، فلاريب أنّ ذلك لولا إطلاق في البين يقتضي الرجوع إلى كلّ عادل أو ثقة وقد يجيء إن شاء الله تعالى في بحث ولاية العدول إطلاق يدلّ على جواز الرجوع إلى كلّ عادل.

مع ما في التقريب الثاني من دلالة الحجّيّة على ذلك ما لا يخفى، فإنّ الاحتمال لايكفي فيالتنجّز،وصِرف وجود الفقيه لايكون حجّةًعلى احتمال وجوب الرجوع إليه.

والحاصل:أنّه على فرض الدلالة فلايدلّ إلّا على وجوب الرجوع فيصورة احتمال وجوبه. وهو مدفوعٌ بالإطلاق الآتي إن شاء الله تعالى.

ثمّ لايخفى أنّ مقتضى كون الفقيهحجّةًمن قِبَلهعليه السلام:وجوب الرجوع إليه فيما يحتمل فيه وجود حكم من جانبه كما في سهمهعليه السلام، فإنّ غير الفقيه إن احتمل أن يكون رضاية الإمامعليه السلام موكولة إلى أمر يعرفه الفقيه أو أن يكون بيده فلابدّ من الرجوع إليه ليصرفه فيما يقطع أو يظنّ برضاهعليه السلام.

ومنها: صحيح أبي البختريّ على ما في العوائد[1] عن أبي عبداللهعليه السلام، قال: «إنّ العلماء ورثة الأنبياء وذاك أنّ الأنبياء لم يورثوا درهماً ولا ديناراً، وإنّما أورثوا أحاديث من أحاديثهم، فمن أخذ بشيء منها فقد أخذ حظّاً وافراً، فانظروا علمكم هذا عمّن تأخذونه، فإنّ فينا أهل البيت في كلّ خلف عدولاً ينفون عنه تحريف الغالين، وانتحال المبطلين، وتأويل الجاهلين»[2].

أقول: وصفه بالصحّة بحسب الاصطلاح غير صحيح، لعدم صدور توثيق أبي ↵

(١) عائدة ٥٤ ص ٥٣١.

(٢) الكافي: ج ١ ص ٣٢ ح ٢ من باب صفة العلم وفضله وفضل العلماء من كتاب فضل العلم. وسائل الشيعة: ج ٢٧ ص ٧٨ ح ٢ من ب ٨ من أبواب صفات القاضي.

البختريّ من أحد من علماء الرجال، بل المشهور بينهم أنّه كذّاب وأنّه من أكذب البريّة.

لكن قال المحدّث الرجاليّ الخبير النوريّ في خاتمة المستدرك في شرح مشيخة الفقيه في (شله) ما ملخّصه أنّ الظاهر اعتبار كتابه، لإكثار الأصحاب من الرواية عنه وفيهم الأجلّاء كالعبّاس بن معروف وعليّ بن الحكم والسنديّ بن محمّد وإبراهيم بن هاشم وأحمد بن أبي عبدالله، وأبيه. والجليل الحميريّ في قرب الإسناد روى عنه بواسطة السنديّ أكثر من مائة حديث في نسق واحد. وعن الشارح أنّ الصدوق روى عنه في الفقيه أخباراً كثيرة [مع شهادته في أوّله بما شهد] وطريقه إليه صحيح(١).

أقول: في جامع الرواة في باب الكنى: أنّه نقل عنه ابن أبي عمير أيضاً.

لكن مع ذلك كلّه لايدلّ ما ذكر على الوثوق بجميع كتابه، خصوصاً بعد ملاحظة ما نقل عن الخلاصة: «إلّا أنّ له أحاديث عن جعفر بن محمّد عليه السلام كلّها لا يوثق بها». فلعلّ نقل بعض الثقات عنه للوثوق بالرواية.

ولعلّ الخبر المبحوث عنه من هذا القبيل، من جهة نقل مثل البرقي وأحمد بن محمّد ابن عيسى المحتاط في الحديث، ومن جهة المتن، فإنّ مضمونه يناسب الصدور عنه عليه السلام.

مضافاً إلى تأيّد ذيله بما روي عنه صلى الله عليه وآله كما في الوافي(٢) أنّه قال: «يحمل هذا العلم من كلّ خلف عدوله، ينفون عنه تحريف الغالين وانتحال المبطلين وتأويل الجاهلين».

ومع ذلك كلّه فوصوله إلى مرتبة الحجّيّة غير واضح.

هذا بحسب السند.

وأمّا بحسب الدلالة فإن لم يكن الصدر قوله: «إنّ العلماء ورثة الأنبياء عليهم السلام» مكتنفاً بالذيل قوله: «وذاك أنّ الأنبياء...» الصريح في البيان والتفسير لأمكن تقريب دلالته على ولاية الفقيه، بأن يقال: إنّ «العلماء» شامل لهم ـ خصوصاً بعد جعل «العلماء» في قبال «الأوصياء» في رواية أُخرى(٣) واردة في هذا الباب ـ وإنّ الإرث لايختصّ

---

(١) خاتمة المستدرك: ج ٥ ص ٣٥٠ ـ ٣٥١.

(٢) ج ١ ص ١٤٢.

(٣) راجع الوافي: ج ١ ص ١٤٣ ح ٢ من باب فضل العلماء.

◄ بالأحكام، بل بما ثبت للأنبياء من حيث اتّصافهم بالوصف المذكور الّذي من جملته الولاية على ما كان النبيّ وليّاً عليه.

لكن ماورد في الذيل في مقام بيان الصدر يوضح كون المراد بالإرث هو إرث الأحاديث والعلوم، بل الذيل مشعر أو ظاهر في أنّ المراد بالعلماء هو الخلف الصالح من أهل بيت النبوّة. فالتمسّك به لولاية الفقيه خالٍ عن السداد.

ومنها: خبر إسماعيل بن جابر الّذي أورده في العوائد[1] عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «العلماء أُمناء، والأتقياء حصون، والأوصياء سادة»[2].

قال في الوافي نقلاً عن الكافي: وفي رواية أُخرى: «العلماء منار...»[3].

وفيه ما لايخفى، فإنّ الخبر ليس بصدد إعطاء منصب للعالم، بل هو إخبار بحسب الظاهر عمّا يترتّب على وجودهم كما أنّ الأمر يالنسبة إلى الأتقياء كذلك.

ولعلّ توهّم جواز التمسّك به من جهة أنّ إطلاق كونهم أُمناء يشمل الولاية الثابتة للأوصياء، فهم أُمناء في جميع ما كان للأئمّة عليهم السلام.

مع أنّ من الواضح أن يصدق «الأمين» على من يكون عنده بعض الأشياء.

مع أنّ «الأمين» من يكون عنده المال مثلاً، لا من يجوز له التصرّف في المال. وهو يناسب العلم بالأحكام، فهي عندهم ولايجوز لهم التصرّف فيها. وأمّا الولاية فثبوتها لهم من قِبَله ليس من قبيل الأمانة عرفاً. فتأمّل.

ومنها: ما عن عليّ بن إبراهيم عن أبيه عن النوفليّ عن السكونيّ عن أبيعبدالله عليه السلام، قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: الفقهاء أُمناء الرسل ما لم يدخلوا في الدنيا، قيل: يا رسول الله وما دخولهم في الدنيا؟قال:اتّباع السلطان،فإذا فعلواذلك فاحذروهمعلى دينكم»[4]. ►

---

(١) ص ٥٣١.

(٢) الكافي: ج ١ ص ٣٣ ح ٥ من باب صفة العلم وفضله وفضل العلماء من كتاب فضل العلم.

(٣) الوافي: ج ١ ص ١٤٣ ح ٣ من باب فضل العلماء.

(٤) الكافي: ج ١ ص ٤٦ ح ٥ من باب المستأكل بعلمه من كتاب فضل العلم.

تقريب الاستدلال به هو ما تقدّم في سابقه.

والجواب عنه: أنّ الظاهر منه الرجوع إليهم في اُمور الدين والأحكام الشرعيّة، من جهة كونهم مخازن علوم الأنبياء، وذلك لما عرفت من أنّه المناسب لمادّة الأمانة، وهو الظاهر من الذيل من قوله: «فإذا فعلوا ذلك فاحذروهم على دينكم» كما لايخفى.

توضيح وتحقيق:

يمكن أن يقال بالفرق بين مفاد «الاُمناء» في الخبرين، بأن يقال: إنّ المقصود من الخبر الأوّل أنّ العلماء هم الّذين اُودعت عندهم أمانته تعالى أي أحكامه المنزلة على أنبيائه، فمنهم من يتحفّظون على أمانته ولا يخونونها ومنهم غير ذلك. والمقصود من إطلاق الاُمناء عليهم في الخبر الثاني أنّهم معتمدون، فعلى الناس أن يعتمدوا عليهم ويأخذوا بقولهم إلّا إذا اتّبعوا السلطان، فهو يدلّ على حجّيّة قول العالم وجواز الأخذ به ويدلّ على اشتراط العدالة في الجملة، بل مشعر باشتراط أن لايكون مكبّاً على الدنيا، فإنّ صِرف اتّباع السلطان لايكون حراماً حتّى يثبت بذلك فسقه، بل هو مشعر بالإكباب عليها،فتأمّل. وهذا بخلاف الخبر الأوّل،لأنّه ليس بصدد تعيين وظيفة الناس مع العلماء.

ومنها: خبر عليّ بن أبي حمزة، قال: سمعت أبا الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام يقول: «إذا مات المؤمن بكت عليه الملائكة وبقاع الأرض الّتي كان يعبدالله عليها، وأبواب السماء الّتي كان يصعد فيها بأعماله، وثلم في الإسلام ثلمةٌ لا يسدّها شيء، لأنّ المؤمنين الفقهاء حصون الإسلام كحصن سور المدينة لها»(١).

وتقريب الاستدلال به أن يقال: إنّ الظاهر من العنوان المذكور أنّه يجب عليهم الدفاع عن أحكام الإسلام وحفظها عن الضياع، ومنها حفظ أموال القاصرين عن الضياع والفساد، وهو يتوقّف على التصرّف فيه بالاستيجار وغيره، فحفظها عليهم لأنّهم المأمورون بصيانة أحكام الإسلام.

---

(١) الكافي: ج ١ ص ٣٨ ح ٣ من باب فقد العلماء من كتاب فضل العلم.

◄ إن قلت: مقتضى ذلك:وجوب النهي عن المنكر والأمر بالمعروف عليهم وجوباً عينيّاً مع أنّ المعروف أنّ وجوبه كفائيّ.

قلت: لا مانع من الالتزام بكلا الوجوبين فهو واجب عينيّ عليهم وكفائيّ بالنسبة إلى الجميع، والظاهر من الآية الشريفة أيضاً وجوبهما على أُمّة من المسلمين، فتأمّل.

وفيه أوّلاً: عدم وضوح صحّة السند لعليّ بن أبي حمزة.

وثانياً: أنّه روى ابن رئاب في الحسن أو الصحيح عن أبي الحسن عليه السلام أنّه يقول: «إذا مات المؤمن... إلى أن قال: لأنّ المؤمنين حصون الإسلام...»[1] بدون لفظ «الفقهاء»، وهو الأقرب، لأنّ التعليل الوارد في الذيل على حسب رواية ابن أبي حمزة موجب لتقييد الصدر بالفرد النادر بالنسبة إلى مدلول الصدر، لأنّ المؤمن الفقيه قليل بالنسبة إلى مطلق المؤمن.

وثالثاً: أنّه غير ظاهر أن يكون في مقام إعطاء المنصب، بل لعلّ الظاهر أنّه إخبار عن كونهم متّصفين بذلك من جهة الفقه والإيمان، فبما أنّهم فقهاء مؤمنون يعملون بتكاليفهم الشرعيّة وينتشر بذلك الصلاح ويسدّ عن الفساد ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر مع علمهم بمواردهما، وبذلك أيضاً ينتشر المعروف ويدفع الفساد.

ورابعاً: على فرض الغضّ عمّا ذكر لا يدلّ إلّا على وجوب حفظ مال القاصرين عن التلف والفساد عليهم، لا اختصاص الولاية بهم.

ومنها: ما عن الكراجكيّ عن مولانا الصادق عليه السلام أنّه قال: «الملوك حكّام على الناس، والعلماء حكّام على الملوك»[2].

وتقريب دلالته أنّ الحكومة في الثاني هي السلطنة والولاية على ما من شأن الحاكم الدخالة فيه والتسلّط عليه، وذلك بقرينة المفاد من الحكومة في الجملة الأُولىٰ الّذي هو السلطنة أيضاً، وحيث إنّ السلطنة الثابتة للعلماء ليست سلطنةً خارجيّةً متّكيةً على ►

(١) الكافي: ج ٣ ص ٢٥٤ ح ١٣ من باب النوادر من كتاب الجنائز.

(٢) مستدرك الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٦ ح ١٧ من ب ١١ من أبواب صفات القاضي.

القدرة والجنود فلابدّ أن يكون ذلك في مقام الجعل،وليس المراد إثبات سلطنتهم على خصوص الملوك كما هو واضح، بل المقصود أنّ لهم السلطنة حتّى على الملوك.

وفيه أوّلاً: ضعف السند كما هو واضح.

وثانياً: أنّ الأظهر ممّا ذكر في تقريب الاستدلال أن يكون المقصود من الحكومة الثابتة للعلماء بما هم علماء على الملوك بما هم ملوك من غير اعتبار العدالة والإسلام في الحاكم والمحكوم عليه هو الحكومة الثابتة للعلم بما هو كاشف عن حقائق تخضع عنده السلاطين، لأنّ الخضوع عند البرهان قهريّ ولو في بعض الموارد ولو ببعض مراتب الخضوع.

وقد ذكر في العوائد[١] أدلّةً أُخرى أضعف دلالةً ممّا ذكر فلعلّ الأولى الاقتصار على ما ذكر.

وقد ظهر من ذلك كلّه عدم وضوح قيام دليل على الولاية على مال القاصرين للفقيه بحيث لايجوز لغيره القيام به إلّا من جانبه.

ويمكن أن يوجّه ولايته بنحو الاختصاص بوجهين:

أحدهما: أنّه لاينبغي الإشكال في ثبوت ذلك بنحو الاختصاص للإمام العادل، **لامن جهة ما هو المعروف من أنّ «السلطان وليّ من لا وليّ له» فإنّه لم يثبت كونه رواية[٢] كما في جواب السيّد الفقيه المتتبّع البروجرديّ الطباطبائيّ** في ماكتبه في مقام إثبات ولاية الفقيه بل استظهره كونه من عبارات الفقهاء والقواعد المستفادة من الأدلّة نظير قولهم: «كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»[٣]، **بل من جهة الآية الشريفة قوله**

---

(١) في العائدة الرابعة والخمسين.

(٢) لكن لايخفى أنّه بعد ذلك ظفرت بنقل العلّامة في التذكرة ـ ج ١٧ ص ٣٥٨ ـ عنه بقوله: لأنّ النبيّ قال: «السلطان وليّ من لا وليّ له». «منه».

وكذا نقل الرواية عن النبيّ في المسالك: ج ٧ ص ١٤٧. لم يوجد في المصادر الشيعيّة ولكن ورد في المصادر الروائيّة من أهل السنّة، مثل ح ٢٠٨٣ من سنن أبي داود وح ١٨٧٩ من سنن ابن ماجه.

(٣) راجع المجلّد الثاني من الاستفتاءات عن محضر آية الله العظمى البروجرديّ: ص ٤٧٧.

◄ تعالى: ﴿ٱلنَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِٱلْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ﴾ (١) وقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى ٱللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ ٱلْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ﴾ (٢) وقولهﷺ في غدير خمّ: «ألست أولى بكم من أنفسكم؟ قالوا: بلى. قال: من كنت مولاه فهذا عليٌّ مولاه».

ولاريبَ أنّ مقتضى ثبوت جواز التصرّف لهم وعدم جواز تصرّف أحد في مال أحد إلّا بإذنه وطيب نفسه ومعلوميّة عدم الاعتبار بطيب نفس القاصر: هو الاختصاص بالنبيّ والوليّعليهما السلام، ففي زمان غيبته يكون مال القاصر كسهمهعليه السلام. فكما لابدّ من مراعاة رضاه في ذلك كذلك لابدّ من مراعاة رضاه في مال القاصر أيضاً. فغير الفقيه لابدّ من المراجعة إلى الفقيه في تشخيص رضاه أو ما هو أقرب بذلك.

وأمّا إطلاق ما يجيء من الأدلّة الدالّة على الرجوع إلى العادل أو الثقة فلعلّه إذنٌ منهمعليهم السلام ولايكون حكماً كلّيّاً.

لكنّ الإنصاف: أنّ حمله على الإذن خلاف الإطلاق، إلّا أن يكون من باب الإذن الكلّيّ الحاصل في جميع ولاة الأمر، وحينئذٍ لافرق بينه وبين الحكم الكلّيّ في مقام العمل.

مع أنّ إطلاق المستثنى في آية النهي عن القرب من مال اليتيم خالٍ عن التوهّم المذكور.

ثانيهما: أنّه يمكن أن يقال: إنّ المستفاد من خبري ابن حنظلة وأبي خديجة جعل العارف بالأحكام حاكماً وقاضياً. وبيع مال الصغير أو إجارته حكم وقضاوة.

وإن أبيت عن ذلك فلاريب أنّ حكمه بلزوم بيعه مشمول لذلك فهو نافذ. فإذا كان حكمه نافذاً فعمله أيضاً نافذ. وهذا بضمّ أصالة عدم ولاية غيره على مال القاصر يدلّ على المقصود.

لكن فيه: ما مرّ من الإطلاق.

فقد تحصّل أنّه يمكن إقامة الدليل على الولاية الاختصاصيّة للفقيه بالنسبة إلى مال الصغير وسائر القاصرين لولا الإطلاق المذكور.

وتحصّل أيضاً أنّ تصرّفه في مال الصغير خالٍ عن الإشكال، لأنّه إمّا أن يكون ◄

(١) سورة الأحزاب: ٦.

(٢) سورة الأحزاب: ٣٦.

ـ وهو المجتهد العادل ـ ولاية التصرّف في أموال الصغار مشروطاً بالغبطة والصلاح*،

↲ داخلاً في العدول والثقات وإمّا لاختصاص جواز التصرّف به من باب أنّه الفقيه، فتصرّفه مطابق للاحتياط، لأنّه القدر المتيقّن بلحاظ الدليل الموجود في المقام، لكنّ الاحتياط المذكور غير ظاهر الوجوب، لإطلاق المستثنى في الآية الشريفة ولإطلاق الأخبار الآتية إن شاء الله تعالى في بحث ولاية عدول المؤمنين.

وأمّا الإجماع على الترتيب فغير واضح الثبوت. وقد حكى في مفتاح الكرامة عن مجمع البرهان ثبوت الولاية لمن يوثق بدينه وأمانته. قال: ويدلّ على ذلك الآية الناهية عن القرب من مال اليتيم ﴿إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [1] وحكايةُ فعل الخضر عليه السلام [2]. والخبر الصحيح [3] يدلّ على جواز بيع مال الطفل عند عدم الوصيّ من غير قيد تعذّر الحاكم، ولا شكّ أنّه أولى مع إمكانه [4].

فإنّه ظاهر أو صريح في عدم تقدّم ولاية الفقيه على ولاية من يوثق بدينه وأمانته، فتأمّل.

جواز تصرّف الحاكم الشرعيّ مشروط بالغبطة والصلاح

(*) قد مرّ الوجه في ذلك وأنّ الوجه فيه آية النهي عن القرب من مال اليتيم إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ. هذا.

مضافاً إلى أنّ من وجوه ولاية الفقيه هو لزوم التصرّف في مال اليتيم في الجملة، لعدم إطلاق في دليل ولاية الحاكم وعدم إطلاق في دليل ولاية عدول المؤمنين، لاحتمال الإذن وعدمِ كون الآية إلّا في مقام النهي عن التصرّف في مال اليتيم وكيفيّةِ ↰

---

(١) سورة الإسراء: ٣٤. (٢) سورة الكهف: ٨٢.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٦٣ ح ٢ من ب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٤) مفتاح الكرامة: ج ١٦ ص ٨٢.

بل الأحوط له الاقتصار على ما إذا كان في تركه الضرر والفساد*. وحيث إنّ هذا تكليف راجع إليه فيتبع رأيه ونظره**،

↲ التصرّف فيه من دون تعرّض لمن له التصرّف، فلابدّ حينئذٍ من الأخذ بالقدر المتيقّن، وهو التصرّف الّذي يكون فيه مصلحة ولا يكتفى بعدم المفسدة.

ومن هذا يظهر وجه ما ذكره المصنّف‏ في قوله: بل الأحوط له... .

تزييف ما في المتن
من أنّ الأحوط هو الاقتصار على ما في تركه الضرر

(*) فإنّه القدر المتيقّن من جواز التصرّف في مال الغير.

وفيه أوّلاً: أنّ مقتضى إطلاق الآية الشريفة الناهية عن قرب مال اليتيم ﴿إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾: جواز التصرّف فيه إذا كان فعله أحسن من تركه، وكذا مقتضى إطلاق ماورد من الروايات في الرجوع إلى عدول المؤمنين.

وثانياً: أنّه على فرض عدم الإطلاق فكونه القدر المتيقّن ممنوع، إذ بعد وضع اليد على مال اليتيم فترك التصرّف الّذي هو مستلزم لوصول النفع إليه مستلزم لكون القرب إليه من أفراد القرب المنهيّ عنه،بل الظاهر بمقتضى إطلاق الآية الشريفة وجوب الإقدام على ما فيه المصلحة وحرمة وضع اليد على ماله على النحو غير الأصلح والتمسّك بالإطلاق المذكور لحرمة القرب ﴿إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾. وهذا لا ينافي الفرض من عدم إطلاق في البين يدلّ على جواز التصرّف.

ولعمري إنّ الاحتياط المذكور عجيب، لأنّه خلاف الإطلاق وخلاف الاحتياط. بل مقتضى إطلاق الآية هو حرمة ترك التصرّف الّذي فيه الصلاح لليتيم، ولذا لم نعهد من أحد من الفقهاء ذلك، وهو وليّ الإرشاد.

الحاكم يتبع نظره

(**) إن كان المقصود أنّ المجتهد العادل يتبع رأيه ونظره في تصرّفه في مال اليتيم ↙

ومع فقد الحاكم يرجع الأمر إلى عدول المؤمنين*،

◄ وأنّ الاحتياط المذكور لايصير حجّة عليه فهو واضح جدّاً بحيث لا يحتاج إلى الذكر بل لافائدة في ذلك بالنسبة إليه.

وإن كان المقصود أنّه غيره ممّن يعامل معه ويشتري منه مال اليتيم ـ مثلاً ـ يجوز له أن يتبع نظره وإن كان نظره اجتهاداً أو تقليداً غير موافق له فهو غير صحيح، فإنّ من كان يرى عدم جواز التصرّف في مال الطفل إلّا مع كونه ضرراً وفساداً عليه أو يقلّد من يفتي بذلك أو يحتاط بنفسه في ذلك احتياطاً لايجوز تركه كيف يجوز له أن يشتري ما يعلم بأنّه ليس ترك ذلك موجباً للإضرارعلى اليتيم. نعم، لابأس للمقلّد حينئذٍ أن يرجع إليه، لأنّمجتهدهقد احتاط فيذلك فلهالرجوعإلى مجتهد آخرلكن مع مراعاةالأعلم فالأعلم.

ومع ذلك ففيه أيضاً إشكال ذكرناه في الشرح على العروة الوثقى.

مع فقد الحاكم يرجع إلى عدول المؤمنين

(*) **قال السيّد الماجدﷺ** في كتاب الحجر: ولم نجد خلافاً إلّا من ابن إدريس فإنّه قال: لايجوز لمن ليس بفقيه تولّي ذلك بحال. وقد يظهر ذلك من المفيد والتقيّ حيث لم يذكرا إلّا السلطان والفقيه[1].

وفي الحدائق بعد أن ذكر الأدلّة الدالّة بالصراحة على جواز تصدّي عدول المؤمنين قال: وبذلك يظهر لك زيادة ضعف ما ذهب إليه ابن إدريس من قوله بالمنع لمجرّد خيال تخيّله[2].

وكيف كان، فما يستدلّ به على ذلك يلخّص في أُمور:

منها: الآيةالشريفةالناهية عن قرب مال اليتيم ﴿إِلَّا بِالَّتِى هِىَ أَحْسَنُ﴾[3]، فإنّ مقتضى ◄

---

(١) مفتاح الكرامة: ج ١٦ ص ٨٣.

(٢) الحدائق الناضرة: ج ١٨ ص ٤٠٩.

(٣) سورة الإسراء: ٣٤.

◄إطلاق المستثنى: جـواز التصرّف في ماله بالّتي هي أحسن. والمستفاد منه جوازه للفاسق أيضاً إذا راعى المصلحة.

ومنها: صحيح عليّ بن رئاب، قال:سألت أبا الحسن موسىعليه السلام عن رجل بيني وبينه قرابة مات وترك أولاداً صغاراً، وترك مماليك له غلماناً وجواري ولم يوص، فماترى في من يشتري منهم الجارية فيتّخذها أُمّ ولد؟ وماترى في بيعهم؟ فقال: «إن كان لهم وليّ يقوم بأمرهم باع عليهم ونظر لهم كان مأجوراً فيهم». قلت: فماترى في من يشتري منهم الجارية فيتّخذها أُمّ ولد؟ قال: «لا بأس إذا باع عليهم القيّم لهم الناظر في‌ما يصلحهم، وليس لهم أن يرجعوا عمّا صنع القيّم لهم الناظر في‌ما يصلحهم»[١].

ولكن يمكن المناقشة في الاستدلال به بأنّ الخبر ليس بصدد بيان الوليّ وأنّ وليّ الصغار هو الحاكم أو مطلق العدول أو مطلق من يقوم بمصالحهم، بل الظاهر منه أنّه بصدد بيان حكم من يشتري أموالهم وأنّه يجوز أن يشتري ممّن تصدّى للتصرّف في أموالهم ومراعاة مصالحهم فهو في مقام بيان ما هو التكليف في مرحلة الإثبات، فكما أنّه يجوز الاشتراءممّن تصدّى لبيع أموال الكبار بادّعاء الوكالة ولايجب على المشتري الفحص عن ذلك كذلك يجوز الاشتراءممّن يكون متولّياً على أموال الصغار،لأنّ الأصل أن يكون توليته على الوجه الصحيح. وهذا لا ينافي عدم جواز تصرّف العدول وأنّه لابدّ من الاستيذان من الحاكم.

إن قـلت: مقتضى ما ذكر: حمل المورد على صورة احتمال كون التولية من باب الاستيذان من الحاكم الشرعيّ، وهو فرد نادر بالنسبة إلى زمان صدور الخبر، لعدم كون الأمر محوّلاً إلى فقهاء الشيعة حتّى يحمل على صورة احتمال الاستيذان منهم.

قـلت: نعم، ولكن يحتمل أن يكون تصرّف القاضي المنصوب من قبل السلطان أو السلطان بنفسه مورداً لإجازة الإمامعليه السلام كما في تصرّفهم في الأراضي الخراجيّة.

وكيف كان، فقد ظهر أنّ المستفاد من الخبرعدم لزوم الاستيذان من فقهاء الشيعة،►

(١) وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ٤٢١ ح ١ من ب ٨٨ من كتاب الوصايا.

فهو يدلّ على أحد الأمرين من كفاية ولاية كلّ من يراعي مصلحة الأيتام مطلقاً أو مع الاستيذان من القاضي ولو كان منصوباً من قِبَل خلفاء الجور. وظـهر أنّ دلالته على جواز تصرّف كلّ مؤمن أو كلّ عادل مطلقاً أي من دون استيذان من الحاكم المنصوب شرعاً أو من قِبَل الجائر حتّى مع تعذّر الرجوع إليه غير خالٍ عن المناقشة.

ومنها: موثّق سماعة، قال: سألته عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصيّة، وله خدم ومماليك وعقد، كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك الميراث؟ قال: «إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كلّه فلا بأس»(١).

ودلالته على ولاية الرجل الثقة حتّى في صورة إمكان الرجوع إلى الحاكم واضحة. واحتمال الإذن مدفوعٌ بالإطلاق، إلّا أن يكون الإذن حاصلاً من جميع الأئمّة عليهم السلام فيدلّ أيضاً على جواز التصرّف مطلقاً، بل الظاهر أنّه لو كان الإذن من الإمام المرويّ عنه الخبر لدلّ على المطلوب أيضاً، فإنّ المستفاد منه أنّ ما يتقوّم به الإذن ليس إلّا أن يكون المتولّي رجلاً ثقةً، فرضا الإمام الحيّ عـجّل الله فـرجـه محرز أيضاً، إلّا أن يكون لإنشاء الإذن خصوصيّة، وهو مقطوع البطلان على الظاهر.

ومنها:خبر إسماعيل بن سعد، قال:سألت الرضا عليه السلام عن رجل مات بغير وصيّة وترك أولاداً ذكراناً وغلماناً صغاراً، وترك جواري ومماليك هل يستقيم أن تباع الجواري؟ قال: «نعم».

وعن الرجل يموت بغير وصيّة وله ولد صغار وكبار أيحلّ شراء شيء من خدمه ومتاعه من غير أن يتولّى القاضي بيع ذلك، فإن تولّاه قاضٍ قد تراضوا به ولم يستعمله الخليفة أيطيب الشراء منه أم لا؟ فقال: «إذا كان الأكابر من ولده معه في البيع فلا بأس إذا رضي الورثة بالبيع وقام عدل في ذلك»(٢).

ولايخفى أنّ المستفاد منه عـدم لزوم المراجعة إلـى القاضي المنصوب مـن قبل

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ٤٢٢ ح ٢ من ب ٨٨ من كتاب الوصايا.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٦٢ ح ١ من ب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه.

◄ الخليفة، ومقتضى إطلاقه: عدم لزوم المراجعة إلى فقهاء الشيعة. واحتمال الإذن الّذي يبطل بموت الإمام المرويّ عنه عليه السلام مدفوعٌ بالإطلاق كما مرّ.

ومنها: صحيح محمّد بن إسماعيل بن بزيع، قال: مات رجل من أصحابنا ولم يوص فرفع أمره إلى قاضي الكوفة فصيّر عبدالحميد القيّم بماله، وكان الرجل خلّف ورثةً صغاراً ومتاعاً وجواري، فباع عبدالحميد المتاع، فلمّا أراد بيع الجواري ضعف قلبه عن بيعهنّ إذ لم يكن الميّت صيّر إليه وصيّته وكان قيامه فيها بأمر القاضي، لأنّهنّ فروج.

قال: فذكرت ذلك لأبي جعفر عليه السلام وقلت له: يموت الرجل من أصحابنا ولا يوصي إلى أحد ويخلّف جواري فيقيّم القاضي رجلاً منّا فيبيعهنّ، أو قال: يقوم بذلك رجل منّا فيضعف قلبه لأنّهنّ فروج، فماترى في ذلك؟ قال: فقال: «إذا كان القيّم به مثلك ومثل عبدالحميد فلا بأس»(١).

ومنها: أنّ مطلوبيّة حفظ مال الصغير بل التصرّف فيه على نحو يكون على مصلحته معلومةٌ من غير تقييدها بالصدور عن شخص خاصّ بحيث لو تعذّر لم يكن مطلوباً، ومقتضى ذلك: جواز تصرّف العدول من المؤمنين إذا تعذّر الرجوع إلى الفقيه وجوازُ تصرّف الثقات منهم إذا تعذّر الرجوع إلى العدول منهم وجوازُ تصرّف عدّة يوثق بهم بنحو المجموع إذا لم يكن من يوثق به شخصاً في البين بل لعلّ الأخيرين في عرض واحد، وذلك كلّه للعلم بكون حفظ مصالح الصغير مطلوباً على النحو المطلق.

هذا جملة ما يمكن الاستدلال به على ولاية المؤمنين في الجملة.

إنكار أنّ تصرّف عدول المؤمنين مشروط بالإذن من الفقيه أو تعذّر الرجوع إليه

وقد ظهر ممّا تقدّم اُمور:

الأوّل: أنّه لايبعد أن يقال:إنّ مقتضى إطلاق المستثنى في الآيةالشريفة وعدّة من ◄

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٦٣ ح ٢ من ب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه.

الأخبار المتقدّمة وفيها الصحيح: جواز تصرّف العدول من المؤمنين من دون أن يكون مشروطاً بإذن الفقيه فكيف بأن يقال بأنّه لايجوز التصرّف فيه إلّا بنحو التوكيل عن جانبه، وقدمرّ[1] عدم ثبوت انعقاد الإجماع على الترتيب، لما حكيناه عن مجمع البرهان.

لكن مع ذلك لا يترك الاحتياط لجهات:

منها: شبهة تحقّق الإجماع على الترتيب كما تقدّم[2] نقله عن السيّد الماجد ﵀ ونقلُ عدم وجدان الخلاف من صاحب الجواهر ﵀ فراجع وتأمّل.

ومنها: أنّ المستفاد من بعض الأخبار المتقدّمة أنّ تصرّف القاضي في أموال اليتامى كان معهوداً عندهم، فحينئذٍ يقوى دلالة جعل الفقيه قاضياً على إرجاع أُمور الصغار إليه بالخصوص كما هو المعمول عندهم بشهادة الروايات.

ومنها: احتمال كون الإطلاق الثابت في الروايات من باب الإذن الشخصيّ الّذي يبطل بموت الإمام الإذن في ذلك وكون إطلاق الآية بصدد بيان كيفيّة التصرّف في أموال اليتامى مع الإهمال من جهة من يصلح له التصرّف.

ومنها: لزوم الهرج والمرج من جواز تصرّف جميع العدول أو المؤمنين في ذلك كما أُشير إليه في تقرير الخوانساريّ ﵀[3].

لكنّ الكلّ كما ترى، فلا يصلح إلّا للاحتياط.

شرطيّة العدالة أو الوثاقة إنّما هي في مقام الإثبات لا الثبوت

الثاني: أنّ مقتضى إطلاق الآية الشريفة وصحيح ابن رئاب المتقدّم[4] مع إشكال في الأخير: أنّ جواز التصرّف لايتوقّف إلّا على مراعاة ما هو الأصلح بحال اليتيم.

والجمع بينه وبين بعض ما تقدّم من اعتبار الوثاقة أو العدالة بحمل الأخير على الطريق إلى أنّه أحرز المصلحة متعيّن، وهو أولى من تقييده الإطلاق المشار إليه أوّلاً

---

(١) في ص ٣٢٨.

(٢) في ص ٣١٠.

(٣) منية الطالب في حاشية المكاسب: ج ١ ص ٣٢٩.

(٤) في ص ٣٣١.

وتقييد ما دلّ على اعتبار الوثاقة بالعدالة بمقتضى خبر إسماعيل بن سعد المتقدّم[١]، إذ العدالة والوثاقةمن الموضوعات الّتي لاتعتبر عند العرف والعقلاء إلّا بعنوان الطريقيّة، فهما كالقطع والظنّ، بل عنوان الوثوق ليس إلّا بعض مراتب الظنّ. واحتمال كون المراد بالوثاقة هو الوثوق بديانته مطلقاً من المعارف والصلاة والصيام وترك المحرّمات وغير ذلك خلاف ما هو المنصرف إليه بحسب المناسبة الارتكازيّة بين الحكم والموضوع، فإنّ الوثوق به في نوع أُموره غير مربوط بالتصرّف في مال اليتيم. هذا.

مضافاً إلى أنّ التصرّف في الدليل الدالّ على اعتبار الوثاقة والعدالة على فرض ظهوره في الموضوعيّة بالحمل على الطريقيّة أهون من تقييد الآية الشريفة وإطلاق صحيح ابن رئاب.

فيترتّب على ذلك أُمور:

منها: جواز تصرّف الفاسق إذا أُحرز المصلحة في ذلك لليتيم، ومن فروع ذلك أنّه لو كان ظاهر الصلاح وواجداً لأمارات العدالة وحوّل إليه أمر الصغير يجوز له وضع اليد عليه والتصرّف فيهمعإحراز المصلحةولوعرف من نفسهالفسقوالارتكاب للكبيرةخفاءً.

ومنها: جواز الاشتراء من الفاسق إذا علم المشتري أنّ الشراء مقرون بالغبطة لليتيم أو علم أنّه راعى المصلحة وراقبها ولو لم يعلم كونه على طبق المصلحة كما في الأب والجدّ على إشكال في ذلك، بل الأوّل أيضاً لا يخلو عن الإشكال. والقدر المتيقّن أنّه يجوز له الاشتراء منه بناءً على المبنى المزبور إذا علم المشتري بأنّ الشراء مقرون بالمصلحة وعلم أيضاً أنّه راعاها.

ومنها: جواز ترتيب أثر الصحّة للثالث إذا احتمل أنّهما راعيا مصلحة اليتيم على إشكال يأتي إن شاء الله تعالى.

الثالث: أنّ المستفاد من التقييد بالعدالة أو الوثاقة لزوم إحراز ذلك للمشتري إذا لميعلم كون البيع مشتملاً على المصلحة ولم يعلم بأنّ البائع راعى غبطة الصغير، فإنّه

---

(١) في ص ٣٣٢.

ولو جازللمشتري ترتيب أثر الصحّة لكان التقييد بما في الموثّق المتقدّم[١] وخبر ابن سعد المتقدّم[٢] وصحيح ابـن بزيع المتقدّم[٣] لغواً، إلّا أن يحمل على الاستحباب، لكنّه بلا موجب، لأنّ مقتضى إطلاق الآية الشريفة وغيرها هو جواز التصرّف بنحو الصلاح المفروض عدم العلم بذلك فليس في البين إلّا أصالة الصحّة في فعل الغير، ولاريب أنّ دليل المقيّدمقدّم عليهاومانع عن جريان الأصل المذكور؛فالدوران بين الأخذبظهوردليل المقيّد وتحكيمه على الأصل المذكور وردعه عنها أو الأخذ بأصالة الصحّة، فالأمر دائر بين الأصل والدليل، ولاريب أنّ المتعيّن هو الأخذ بالدليل كما هو المعروف. هذا.

مـضافاً إلى ما ربما يقال من عدم وضوح صحّة التمسّك بأصالة الصحّة لتصحيح اشتراء المشتري، لأنّ مراعاة مصلحة اليتيم لا تكون شرطاً لخصوص الإيجاب، فلا يكون الشرط في صحّة القبول إلّا صحّة الإيجاب المحرزة بأصالة الصحّة، بل هي شرط في تحقّق النقل والانتقال في الخارج، فإنّه لا يقع النقل الصحيح الخارجيّ إلّا إذا كان على طبق مصلحة الصغير. وكونُ إيجاب الموجب مطابقاً لمصلحة الصغير لا يثبت أنّ النقل على طبق المصلحة حتّى يثبت بذلك أنّ القبول على طبق المصلحة للصغير.

وممّا ذكرنا من لزوم الأخذ بظاهر التقييد بالعدالة والوثاقة في مقام الإثبات يظهر الإشكال في‌ما ذكرناه في الصفحة المتقدّمة من جواز ترتيب الأثر للثالث على العقد الواقع بين الوليّ الفاسق والمشتري إذا احتمل مراعاتهما مصلحة الصغير.

لكـنّه مـندفعٌ بأنّ ظاهر الموثّق وخبر ابن سعد لزوم الإحراز للمشتري وسائر الورّاث. وصحيحُ ابن بزيع ظاهر في تكليف من يتولّى التصرّف المحمول على كونه طريقاً إلى إحراز المصلحة، فدليل المقيّد غير ظاهر في لزوم الإحراز للثالث.

مضافاً إلى أنّ دلالته على عدم صحّة التصرّف إذا لم يكن المتولّي ثقةً أو عدلاً أو مثل عبدالحميد إنّما هي بالمفهوم الدالّ على وجود البأس، ويكفي في المفهوم ثبوت البأس في الجملة ولو بالنسبة إلى المشتري.

(١ و ٢) في ص ٣٣٢.

(٣) في ص ٣٣٣.

فلهم ولاية التصرّف في مال الصغير بما يكون في تركه مفسدة وفي فعله صلاح وغبطة*.

◄ ومن ذلك يظهر وجه آخر للزوم الأخذ بالإطلاق وعدم اشتراط العدالة بنحو الموضوعيّة.

(*) قد عرفت فيما علّقناه على قوله: «بل الأحوط له الاقتصار على ما إذا كان في تركه الضرر والفساد» الوجه في ذلك.

وملخّصه: أنّه القدر المتيقّن من التصرّف في مال الغير الّذي قام الدليل على عدم جوازه إلّا بطيب نفسه وعدم جواز بيعه وإجارته وسائر التصرّفات فيه لغير المالك.

الإيراد على المتن من جهة اشتراطه أن يكون في ترك التصرّف مفسدة

لكن قد عرفت ما فيه، فإنّ مقتضى إطلاق الآية الناهية عن التصرّف في مال اليتيم ﴿إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾[1] : هو جوازه، وكذا مقتضى إطلاق مادلّ على جواز تصرّف العدل والثقة ومثل عبدالحميد، بل هو مقتضى إطلاق الآية الدالّة على جواز المخالطة لليتامى[2]، بل هي مشعرة بحسنها من غير تقييد بما إذا كان في تركها مفسدة.

ويدلّ على الجواز أيضاً ما تقدّم[3] ممّا يدلّ على جواز الأكل من أموالهم ثمّ إطعامهم بعوض ذلك[4] وجوازِ الاقتراض من ماله[5] والاتّجارِ به إذا كان له مال يحيط بماله[6].
◄

---

(١) سورة الأنعام: ١٥٢. (٢) سورة البقرة: ٢٢٠. (٣) في ص ٢٨٨.

(٤) راجع وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٢٤٩ ح ٢ من ب ٧١ من أبواب ما يكتسب به.

(٥) راجع وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٢٥٨ ح ١ من ب ٧٦ من أبواب ما يكتسب به.

(٦) راجع وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٢٥٧، الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به.

المسألة الرابعة والعشرون: تبقى ولاية الأب والجدّ مادام الولد غير رشيد، فإن بلغ ورشد زالت ولايتهما عنه (١) *.

بل قد عرفت أنّه مع وضع اليد عليه فمقتضى إطلاق المستثنى منه في الآية الشريفة هو حرمة ذلك الوضع إلّا مع مراعاة الأصلح، فوضع اليد عليه بدون التصرّف الّذي يكون على مصلحة اليتيم قرب بالّتي لايكون أحسن، فهو حرام بمقتضى الآية الشريفة.

بقاء ولاية الأب والجدّ مادام الولد غير رشيد

(*) قال ﷺ في الجواهر مازجاً كلامه بالمتن: «وأمّا الأب والجدّ للأب» فلاخلاف في أنّه «يمضي تصرّفهما مادام الولد غير رشيد» لصغر من شأنه ذلك أو سفه أو جنون ولو متّصلاً بالبلوغ «و» إنّما «تنقطع ولايتهما» عنه «بثبوت البلوغ والرشد»، بل الإجماع بقسميه عليه (٢). انتهى ملخّصاً.

وقال السيّد الماجد في كتاب الحجر: وأمّا أنّ الولاية للأب أو الجدّ ثمّ لوصيّ لأحدهما إذا بلغ سفيهاً ففي مجمع البرهان أنّه ممّا لاخلاف فيه ولانزاع فيه.

وحكى عن الرياض أنّه قال: وتثبت ولايتهما على البالغ مع فساد عقله بسفهٍ أو جنونٍ إجماعاً في‌ما إذا اتّصل الفساد بالصغر.

لكن حكى عن صريح حجر التذكرة أنّ الولاية عليه للحاكم كالمنفصل سفهه وجنونه عن البلوغ.

وعن المسالك أنّ ولاية الحاكم عليه هو أشهر القولين.

وعن المفاتيح أيضاً أنّه أشهر (٣). انتهى ملخّصاً.

أقول: بعد ما عرفت من الاختلاف والاضطراب في كلماتهم فالمتّبع هو الدليل.

---

(١) قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٢٠.

(٢) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٥١٧ ـ ٥١٨.

(٣) مفتاح الكرامة: ج ١٦ ص ٨٤ ـ ٨٧.

◄ وما يمكن الاستدلال به على ذلك أُمور:

منها:الآية الشريفة[١] الدالّة على ابتلاء اليتامى ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ﴾ ودفع أموالهم إليهم بعد إحراز الرشد، الظاهرة في بقاء الولاية على أموالهم بعد البلوغ حتّى مع الشكّ في حصول الرشد لكن بعد الفحص عن ذلك. ومقتضى إطلاق الآية الشريفة: بقاء ولاية جميع من ثبت ولايتهم على أموال اليتامى غير الأب، لأنّ الموضوع فيها هو اليتامى، ومقتضى ذلك: بقاء ولاية الوصيّ والفقيه وعدول المؤمنين على البالغ فاسد العقل من الجنون أو السفه إلى أن يونس منه رشداً.

والظاهر أنّ المقصودمن ذكر الأب والجدّ فيالمتن إنّما هولبيان الفرد الخفيّ،إذ ولاية الحاكمحدوثاًوبقاءًعلى من لا وليّ لهمن الأب أو الجدّ أو الوصيّ عنهماواضحة عندهم، فالمحتاج إلى البيان أنّ الولاية على البالغ المتّصل فساد عقله بالصغر للأب والجدّ، لكن كان عليه ذكر الوصيّ عنهما أيضاً لدليل الوصاية وإطلاق الآية الشريفة.

هذا كلّه بالنسبة إلى غير الأب.

وأمّا الأب فالظاهر بقاء ولايته عليه بالأولويّة؛ مع أنّ المستفاد من بعض الروايات الواردة في ولاية الجدّ المتقدّم في ذاك المقام أنّ الملاك في ولاية الجدّ هو ولاية الأب على الطفل وكونه هو وماله لأبيه، ولذا لا يقولون بولاية الجدّ من قِبَل الأمّ كما بيّنّا وجهه، فحينئذٍ إذا ثبت ولاية الجدّ بإطلاق الآية الشريفة ثبت ولاية الأب أيضاً.

ومنها: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَايَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِالْعَدْلِ﴾[٢]. فإنّها صريحة في ثبوت الولاية على السفيه في الجملة.

ويمكن أن يقال: إنّ القدر المتيقّن من هذا العنوان عند العرف هو الأب والجدّ أو الأب وتثبت ولاية الجدّ حينئذٍ بالتعليل المشار إليه في بعض الأخبار المتقدّمة في مبحث ولاية الجدّ، بل لعلّ الظاهر منها ثبوت الولاية في الجملة على من لا يتمكّن من التصرّف الّذي يكون على طبق مصلحته، فتأمّل. ◄

---

(١) سورة النساء: ٦.

(٢) سورة البقرة: ٢٨٢.

﴾ ومنها: قوله تعالى: ﴿وَلَاتُؤْتُواْ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَـٰمًا وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَٱكْسُوهُمْ وَقُولُواْ لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا﴾ (١).

تقريب الاستدلال بـها أن يقال: إنّ المقصود عدم إيتاء أموال السفهاء إليهم بقرينة الحكم بإعطاء مؤونتهم من الرزق والكسوة من الأموال المشار إليها في صدر الآية الشريفة فإنّه لايجب الإنفاق على السفهاء إلّا من أموالهم.

مع أنّ عدم إيتاء الأموال للسفهاء بعنوان الاتّجار بها أو غيرها ممّا لايحتاج إلى النهي فإنّ الناس مجبوؤون عن ذلك، فما يحتاج إلى النهي عدم إعطائهم أموال أنفسهم لا أموال العقلاء، فالإضافة المذكورة كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ﴾ (٢) من باب تنبيه العقلاءعلى الوحدة الإسلاميّة وأنّ أموال السفهاءبمنزلةأموالكم أو أنّ الاختلال الحاصل في أموالهم سارٍ إلى أموالكم أو موجبٌ للحرج عليكم. هذا.

مضافاً إلى ورودبعض الروايات في تفسير الآية الشريفة: ففي مجمع البيان: سئل عن الصادقعليه السلام كيف يكون أموالهم أموالنا؟ فقال: «إذا كنت أنت الوارث له».

وفي الجواهر (٣) عـن تفسير الصافي عـن العيّاشيّ عـن الصادقعليه السلام: «هـم اليتامى لاتعطوهم أموالهم حتّى تعرفوا منهم الرشد» قيل: فكيف يكون أموالهم أموالنا؟ فقال: «إذا كنت أنت الوارث لهم». لكنّه ربما يعارضه ما فيها أيضاً عن الصافي عن القمّيّ عنهعليه السلام أيضاً أنّه قال: «السفهاء: النساء والولد، إذا علم الرجل أنّ امرأته سفيهة مفسدة وولده سفيه مفسد لا ينبغي له أن يسلّط واحداً منهما على ماله الّذي جعله الله له قِيَاماً يقوم به ومعاشاً، ...» (٤).

لكنّ الإنصاف: عدم وضوح دلالة الآية الشريفة على المقصود، من جهة ظهورها في النهي عن إعطائهم الأموال الّتي يملكها العقلاء.

وما ذكرناه في الاستدلال من أنّه غير محتاج إلى النهي مردودٌ بأنّ المنساق منها ﴿

---

(١) سورة النساء: ٥.
(٢) سورة النساء: ٢٩.
(٣) ج ٢٧ ص ١٨٦.
(٤) جواهر الكلام: ج ٢٧ ص ١٨٧.

﴿ النهي عن إعطائهم أموالهم للسفهاء ليصرفوا في مصارفهم من الطعام والكسوة وإرشادهم إلى أن يرزقوهم منها ويكسوهم من دون إعطائهم المال لذلك.

ومن ذلك يظهر أنّ الذيل لايكون قرينة على أنّ المقصود من الصدر هو أموال السفهاء، فإنّه على ذلك يكون الآية الشريفة في مقام إرشاد كيفيّة إعانة السفهاء وأنّها ينبغي أن تكون بتكفّل إطعامهم وإكسائهم بالمباشرة لا بإعطائهم المال ليصرفوا في ذلك، فإنّه ربما لا يصرفون في ذلك فلا يحصل المقصود ويضيع أموالكم الّتي جعل الله لكم قياماً.

وأمّا مقايسته بآية ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ﴾ فالظاهر أنّها مع الفارق، فإنّ السفهاء في الآية الشريفة لوحظت مستقلّةً ومنهاضةً عن الجمع فيمكن أن يقال: إنّه يشمل القول المذكور فيها أموالَ اليتامى الّتي بأيدي العقلاء وأموالَ السفهاء الّتي بأيديهم والأموالَ الّتي يتصرّف فيها فضولةً برجاء إجازة المالك، لكنّ الظاهر عدم شمولها لخصوص إعطاء مال السفيه لنفسه.

وأمّا الخبر ففيه أوّلاً: أنّه ضعيف للإرسال.

وثانياً: أنّ ما ذكر فيه من التعليل لصحّة إضافة أموالهم إلى العقلاء من وراثتهم إحياناً لايكون مورداً للاعتبار عند العرف في المحاورات، فتأمّل، فالمتن غير واضح أيضاً.

ومنها: معتبر هشام عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام وهو أشدّه، وإن احتلم ولم يونس منه رشده وكان سفيهاً أو ضعيفاً فليمسك عنه وليّه ماله»[1].

لكن يمكن المناقشة فيه من جهة عدم دلالته إلّا على حجر السفيه ولا يدلّ على ولاية الوليّ. وصِرف إطلاق الوليّ عليه في حال السفه مع فرض البلوغ ليس ظاهراً في الإطلاق، بل يكفي فيه لزوم إمساك ماله وعدم جواز دفعه إليه إلّا بعد إيناس الرشد منه، وهذا بخلاف الآيتين، فإنّ قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُواْ وَمَن كَانَ غَنِيًّا ﴾

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٤٠٩ ح ١ من ب ١ من كتاب الحجر.

﴿فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾[١] ظاهرٌ في جواز جميع التصرّفات في الفرض المذكور في الصدر وهو عدم إيناس الرشد منهم، وكذا قوله تعالى: ﴿وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَٱكْسُوهُمْ﴾[٢] الوارد في الآية الأخيرة.

لكن يمكن أن يقال: بعد فرض ثبوت الولاية عليه في حال صغره فالظاهر من الحكم بالإمساك وإبقاء اليد عليه هو إبقاؤه عليها على النحو السابق.

ومنها: ما عن الصدوق بإسناده عن صفوان بن يحيى عن عيص بن القاسم عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سألته عن اليتيمة متى يُدفع إليها مالها؟ قال: «إذا علمت أنّها لاتفسد ولاتضيع» فسألته إن كانت قد زوّجت، فقال: «إذا زوّجت فقد انقطع ملك الوصيّ عنها»[٣].

ولايخفى أنّ دلالته على ولاية الوليّ أظهر من السابق بملاحظة قوله: «انقطع ملك الوصيّ عنها»، بل كاد أن يكون صريحاً في ولايته عليها بعد البلوغ وقبل الرشد.

ولايخفى أيضاً أنّه يدلّ على بقاء ولاية الوصيّ أيضاً كما يدلّ على بقاء ولاية الأب بالملازمة العرفيّة، فإنّ الوصيّ منصوب من قِبَله، فتأمّل.

ومنها: الاستصحاب، فإنّ مقتضاه: بقاء ولاية الأب والجدّ والوصيّ وعدم ولاية الحاكم عليه.

إن قلت: هومحكوم بالدليل الدالّ على عدم جواز التصرّف في مال أحد إلّا بإذنه[٤]، وعدمِ جواز البيع إلّا في ملك[٥]، وسلطنة الناس على أموالهم[٦]، ومعارض ـ مع الغضّ عن الحاكم أو الوارد ـ باستصحاب عدم تحقّق النقل والانتقال.

---

(١) سورة النساء: ٦.

(٢) سورة النساء: ٥.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٤١٠ ح ٣ من ب ١ من كتاب الحجر.

(٤) وسائل الشيعة: ج ٢٥ ص ٣٨٦ ح ٤ من ب ١ من أبواب كتاب الغصب.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٣٩، الباب ٢ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٦) عوالي اللآلئ: ج ١ ص ٢٢٢ ح ٩٩.

↲ **قلت: أمّا محكوميّته بالدليل الّذي أُشير إليه** فمردودةٌ بأنّ رفع اليد عن الأدلّة المذكورة بالنسبة إلى السفيه مسلّم لاريب فيه، إنّما الكلام في أنّ الوليّ عليه هو الحاكم أو الأب والجدّ.

إلّا أن يقال: إنّ القدر المتيقّن الخارج عن الدليل المذكور صورة تصرّف كلّ من الوليّ الإجباريّ والحاكم، فيرجع في غيرها ـ وهو صورتا تصرّف الأب مثلاً أو تصرّف الحاكم منفرداً ـ إلى الأدلّة المذكورة المقتضية لعدم جواز التصرّف.

لكنّ الظاهر أنّ الاحتمال المذكور بأن يكون الوليّ في مقام الثبوت بالنسبة إلى السفيه مجموع الشخصين خلاف المتسالم عندهم، بل هو بعيدٌ جدّاً، إذ لم يعهد ذلك من الشرع القويم والصراط المستقيم مع أنّ الصغير والمجنون أولى بالمراعاة من غيرهما.

ويمكن أن يقال أيضاً: إنّ عدم تسلّط السفيه على المنع عن البيع وعدم تأثيره في ذلك مقتضى الحجر المسلّم، فالتخصيص واردٌ على كلّ حال حتّى بالنسبة إلى غير القدر المتيقّن جوازه، فإنّه لو تصدّىٰ الأب ـ مثلاً ـ لبيع مال السفيه فلو لم يكن صحيحاً ليس إلّا من جهة عدم ولايته مستقلّاً، لا من جهة تأثير منع السفيه أو دخالة رضاه، فقاعدة التسلّط مخصّصة حتّى بالنسبة إلى المورد المذكور.

وكذا عدم جواز التصرّف إلّا بالإذن، فإنّ الإذن لايكون دخيلاً في ذلك، وعدم جواز البيع إلّا في ملك لايكون ظاهراً في اعتبار الملكيّة المصطلحة بقرينة «لاطلاق إلّا فيما يملك»[1]. بل لعلّ الظاهر أنّ نفوذ البيع متوقّف على مالكيّة التصرّف في المال ولو بنحو الولاية أو الوكالة.

وأمّا معارضته بالاستصحاب المذكور فمردودةٌ بأنّ الشكّ في تحقّق النقل والانتقال مسبّب عن ثبوت الولاية، واستصحابها حاكم أو وارد على الاستصحاب المذكور. هذا تمام الكلام في الأدلّة الّتي وقع عليها النظر. ↰

---

(١) راجع وسائل الشيعة: ج ٢٢ ص ٣١، الباب ١٢ من أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه.

بقاء ولاية الوصيّ أيضاً حتّى يبلغ الطفل ويرشد

ومنها: يظهر أنّ الوصيّ من قِبَل أحدهما أيضاً بحكمهما في بقاء ولايته إلى حصول الرشد وإن لم يذكر في الكتاب، وأنّه أولى من الحاكم كما صرّح بذلك في الشرائع بالنسبة إلى المجنون(١). وقال ﷺ في الجواهر: بلاخلاف أجده(٢). وصرّح في الجواهر بالنسبة إلى السفيه وادّعى فيه عدم الخلاف والإشكال(٣).

وتحقيق الكلام في الوصيّ أنّه:

إمّا أن يكون مقتضى الإيصاء صراحةً أو ظهوراً بقاء ولايته إلى حصول الرشد أو إلى إحرازه فلا إشكال في ذلك، فإنّه يحكم بذلك بمقتضى دليل صحّة الوصيّة وبمقتضى ما تقدّم من إطلاق الكتاب والسنّة على ما تقدّم.

وإمّا أن يكون مورد الوصيّة جعل الولاية له بداعي ثبوتها بمالها من الأمد بحسب جعل الشرع والعرف، فيكون إعطاء الولاية من قِبَل الموصي كإعطاء الملكيّة من قِبَل المالك لايكون ناظراً حينه إلّا بإيجادها وإحداثها من غير تعرّض لبقائها وأمد ذلك. والظاهر أنّه كسابقه في بقاء ولايته إلى إيناس الرشد من البالغ، فتأمّل.

وإمّا أن يكون موردها الولاية حدوثاً وبقاءً مع الإهمال بالنسبة إلى ما بعد البلوغ وعدم حصول الرشد.

وإمّا أن يكون موردها الولاية مع التصريح بالأمد وجعل أمده البلوغ، لكن يحتمل عرفاً أن يكون المقصود من التحديد بالحدّ المذكور هو تخيّل حصول الرشد بذلك وأنّ التحديد بالبلوغ أُخذ طريقاً إلى الرشد.

وإمّا أن لايحتمل ذلك، بأن يصرّح الموصي بأنّه إذا بلغ لايجوز له التصرّف في ماله ولو كان سفيهاً أو ضعيفاً، أو يصرّح بأنّه يدفع إليه ماله ولو كان سفيهاً أو ضعيفاً.

(١) شرائع الإسلام: ج ١ و ٢ ص ٣٥٤.

(٢) جواهر الكلام: ج ٢٧ ص ٢٠٣.

(٣) جواهر الكلام: ج ٢٧ ص ٢٠٩.

▲ ففي جميع تلك الصور إشكال منشؤه أنّه بعد انتهاء مورد الإيصاء يصير الوصيّ كالأجنبيّ وليس هو إلّا كالوكيل من قِبَل الأب أو الجدّ إلى آن بلوغ الطفل. فكما أنّه لاتبقى الولاية له بل يرجع الأمر إلى الموكّل بنحو الانحصار كذلك الأمر في الوصيّ، لأنّه لافرق بينه وبين الوكيل إلّا من جهةٍ غير فارقة. فمقتضى ذلك الرجوع إلى الحاكم إن تيسّر وإلى عدول المؤمنين مع تعذّر الرجوع إليه. ومقتضى الإطلاقات المتقدّمة من الكتاب العزيز والسنّة هو بقاء ولايته حتّى الرشد.

والمقايسة على الوكيل لا تخلو عن المناقشة. فإنّ الوصيّة حيث تكون بالنسبة إلى ما بعد الموت فهي تفويض الأمر إليه وجعل الوصيّ متولّياً كما في تولّي الوقف. فإنّ الحاكم قد يوكّل شخصاً في الأُمور المربوطة بالوقف وقد يجعل التولية لشخص خاصّ، والظاهر أنّ الوصيّة من قبيل الثاني فيدخل تحت الإطلاقات المتقدّمة. هذا.

مع أنّ خبر عيص بن القاسم المتقدّم(١) صريح في بقاء ملك الوصيّ إلى أن تزوّج اليتيمة. وحمله على ما إذا كان الأمد مصرّحاً به في الوصيّة وكان هو إلى حصول التزويج أو كان منصرفاً إلى ذلك بعيدٌ جدّاً.

والإنصاف: أنّ المسألة عندي لا تخلو عن شوب الإشكال. فالأحوط في غير الصورتين الأُوليين هو الاستيذان من الحاكم أيضاً. وأمّا دخالة الحاكم بنحو الاستقلال فهو خلاف الاحتياط جدّاً، بل خلاف مقتضى الاستصحاب مع فرض رفع اليد عن الإطلاقات المشار إليها.

وكيف كان، فقد تحصّل ممّا ذكر في هذه المسألة أنّ الأب والجدّ والحاكم والعدول من المؤمنين تبقى ولايتهم على الصغير إذا بلغ ولم يونس منه رشداً بمقتضى الأدلّة الّتي أحصيناها. وأمّا الوصيّ فكذلك في الجملة. وفي بعض صوره لابدّ من الاحتياط بالرجوع إلى الحاكم مع وجوده، وإلى العدول مع تعذّر الرجوع إليه أيضاً إلّا أن يكون الوصيّ بنفسه من العدول أو قلنا بعدم اشتراط العدالة. فراجع وتأمّل. ▼

(١) في ص ٣٤٢.

المسألة الخامسة والعشرون: كما أنّ الحاكم وأمينه يليان المحجور عليه للصغر على مامرّ كذا يليان المحجور عليه لجنونٍ*

◄ هـذا كـلّه حكم الولاية على الصغير والمجنون والسفيه المتّصل جنونه أو سفاهته بحال صغره من حيث التصرّف الماليّ.

وأمّا الكلام في النكاح والطلاق وهبة المدّة في المتعة فهو موكول إلى أبوابها.

ولا يبعد أن يقال باحتياج الأوّل إلى إجازة الوليّ من الأب والجدّ والوصيّ والفقيه وعدول المؤمنين، من جهة اشتماله على جعل المهر أو تملّكه، وهو تصرّف ماليّ لابدّ فيه بمقتضى الأدلّة المتقدّمة أن يكون بنظر الوليّ.

والحاصل: أنّه إمّا أن يكون الوليّ هـو الّذي يتولّى النكاح كما في المجنون الّذي ليس له أب أو جدّ ولا وصيّ من قِبَلهما فيرجع إلى الحاكم على الظاهر، من جهة أصل النكاح ومن جهة المهر.

وأمّا السفيه الّذي هو ضعيف العقل في التصرّف الماليّ فإن قلنا بتسلّطه على النكاح أو دخالة نظره في ذلك فلابدّ من دخالة الوليّ أيضاً بحسب القاعدة من جهة المهر.

والمقصود هو الإشارة إلى أنّ مقتضى القاعدة: دخالة الوليّ الّذي له التصرّف الماليّ في أمر النكاح دواماً أو متعةً من جانب الابن أو الجارية، كان النكاح بيده أو بيد الحاكم، وتمام الكلام موكول إلى بابه.

ولاية الحاكم وأمينه على المجنون

(*) **المقصود بـه** هو الجنون المنفصل عن البلوغ أو المتّصل به لكن مع فقد الوليّ الإجباريّ من الأب والجدّ أو الوصيّ عنهما.

والوجه في اختصاص الولاية به في المنفصل عن البلوغ ما في الجواهر من انقطاع ولايتهماحينئذٍ عنه،فيندرج تحت عموم ولايةالحاكم الّذي هونائب الأصل،وقد جزم ◄

به في المحكيّ عن جامع المقاصد ومجمع البرهان، بل ظاهر الأخير ونكاح المسالك أنّه لاخلاف فيه، بل ربما استظهر من بعض مواضع التذكرة الإجماع عليه وإن كان المحكيّ عنها فيه أيضاً عكس ذلك.

وعلى كلّ حال فلا ريب في قوّة رجوعه إلى الحاكم إذا لم يكن في النصوص إطلاق يعتمد عليه ـ فإنّها لم تحضرنا جميعاً ألآن ـ والأحوط توافقهما معاً[١]. انتهى ملخّصاً.

أقول: في ولاية الحاكم دون الأب والجدّ على المجنون مناقشات:

منها: عدم وضوح ولايته على المجنون إلّا من باب القدر المتيقّن، ومع وجودهما لايكون هو القدر المتيقّن.

ومنها: وجود بعض الإطلاقات المستدلّ بها في الأب والجدّ:كقوله صلى الله عليه وآله: «أنت ومالك لأبيك»[٢]. والآية الشريفة الدالّة على تعليق دفع المال بإيناس الرشد[٣]. فإنّها تشمل بمقتضى إطلاقها ما إذا كان المال في يد الوليّ ولكن لم يدفعه إليه عصياناً أو لعذر، فإنّه بعد عروض الجنون أو السفه يكون مورداً للخطاب المذكور في الآية، وهو التعليق بإيناس الرشد.

ومنها: استصحاب ولايته في حال صغره على فرض الجنون من حيث الجنون المستلزم لبقائه بعد البلوغ، والاستصحاب التعليقيّ حاكم على الفعليّ الّذي يقتضي عدم ثبوت ولايته.

ويمكن تقريبه بوجه آخر، وهو أن يقال: إنّه لو صار مجنوناً في الآن المتّصل بالصغر في حال البلوغ لكان الولاية للأب والجدّ وبعده يستصحب، ويقدّم استصحاب عدم الولاية، لحكومة التعليقيّ على الفعليّ.

---

(١) جواهر الكلام: ج ٢٧ ص ١٩٩ ـ ٢٠٠.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٢٦٢ وص ٢٦٣ ح ١ و٢ من ب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به.

(٣) سورة النساء: ٦.

أو فَلَسٍ*

ولاية الحاكم وأمينه على المفلّس، وفيه سرّ عدم ولاية الأب والجدّ عليه

(*) قال‌ في القواعد في كتاب الحجر: أنّ المفلّس: من ذهب جيّد ماله وبقي رديؤه وصار ماله فلوسا وزُيوفاً. وشرعاً: من عليه ديون ولا مال له يفي بها، وهو شامل لمن قصر ماله، ومن لا مال له(١).

قال السيّد الماجد: وهذا التعريف نسبه في المسالك إلى أكثر الفقهاء منّا ومن العامّة(٢).

قال في القواعد: والفَلَس سبب في الحجر بشروط خمسة: المديونيّة، وثبوت الديون عند الحاكم، وحلولها، وقصور ما في يده عنها، والتماس الغرماء أو بعضهم الحجر عليه(٣).

أقول: ما يمكن الاستدلال به على ولاية الحاكم عليه بالحجر عليه وبيع أمواله أو قسمتها بين الغرماء وإجراء النفقة عليه من ماله في الجملة على ما ذكروه في كتابي المفلّس والحجر أُمور:

منها: أنّ ذلك كلّه من شؤون الحكّام والقضاة، بل الحجر والحكم بالتقسيم أو البيع داخل في عنوان الحكم والقضاوة فيشمله ما تقدّم من خبري عمر بن حنظلة وأبي خديجة المتقدّمين(٤)، بل هو داخل أيضاً في قوله في خبر عمر بن حنظلة: «فإذا حكم بحكمنا»، لأنّ الحكم المذكور هو سنخ الحكم الصادر منه. والظاهر أنّه ليس المراد به أن يكون الحكم الصادر من الفقيه هو نفس حكم الإمام، وإلّا لم يصدق على الحكم الصادر في المنازعات والشبهات الموضوعيّة، لأنّ الحكم الصادر من الفقيه بكون الدار لزيد ـ مثلاً ـ إذا كانت في يده وحلف على ذلك ليس نفس حكم الإمام، فهو دليل على أنّه أعمّ من كون الحكم بنفسه حكمهم أو كان بحيث لو كان الأمر بيده لحكم بذلك.

(١) قواعد الأحكام: ج ٢ ص ١٤٢.

(٢) مفتاح الكرامة: ج ١٦ ص ٢٣٣.

(٣) قواعد الأحكام: ج ٢ ص ١٤٢.

(٤) في ص ٣١١ و٣١٣.

ومنها: خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه «أنّ عليّاًعليه السلام كان يفلّس الرجل إذا التوى على غرمائه، ثمّ يأمر به فيقسم ماله بينهم بالحصص، فإن أبى باعه فقسم بينهم ـ يعني ماله ـ»(١).

قال في الوسائل: وبإسناده (أي الشيخ‏رحمه الله) عن أحمد بن محمّد عن ابن فضّال عن عمّار عن أبي عبداللّه‏عليه السلام مثله إلّا أنّه قال: «يحبس الرجل».

وبإسناده عن محمّد بن عليّ بن محبوب عن يعقوب بن يزيد عن الحسن بن عليّ ابن فضّال عن إسحاق بن عمّار عن جعفر عن أبيه عن عليّ‏عليهم السلام مثله.

ورواه الكلينيّ مثله إلّا أنّه قال: «يحبس الرجل».

ورواه الصدوق بإسناده إلى قضايا أميرالمؤمنين‏عليه السلام نحوه، وترك قوله: «يعني ماله»(٢).

والمقصود من ذلك بيان استحكام سند الحديث، فيدلّ على ثبوت هذا الحكم في الشرع المقدّس، وحيث إنّه من الأحكام الّتي يتوقّف عليها نظام العباد فلابدّ أن يكون ثابتاً، وليس الصالح لذلك إلّا الفقيه، أو هو المتيقّن، أو يقال بتكفّله له لعموم دليل النيابة على القول به، أو يقال بذلك لكونه من شؤون الحكومة وأمرها راجع إلى الفقيه، فتأمّل.

ومنها: ما في مفتاح الكرامة عن التذكرة: «أنّ رسول اللّه‏صلى الله عليه وآله حجر على معاذ بالتماسه»(٣).

ومنها: ما عن الشيخ‏رحمه الله بإسناده عن السكونيّ عن جعفر عن أبيه أنّ عليّاًعليه السلام كان يحبس في الدين ثمّ ينظر فإن كان له مال أعطى الغرماء، وإن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء فيقول لهم: «اصنعوا به ما شئتم، إن شئتم آجروه، وإن شئتم استعملوه» وذكر الحديث(٤).

ووجه دلالته على ولاية الفقيه على ذلك ما تقدّم بيانه في خبر غياث بن إبراهيم.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٤١٦ ح ١ من ب ٦ من كتاب الحجر.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٤١٦ ـ ٤١٧.

(٣) مفتاح الكرامة: ج ١٦ ص ٢٣٦.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٤١٨ ح ٣ من ب ٧ من أبواب كتاب الحجر.

◄ ويمكن أن يستدلّ عليه ـ مضافاً إلى الإجماعات المستفيضة بل الضرورة القطعيّة ـ بأنّ إحقاق حقّ الغرماء مطلوب في الشرع، والأصل عدم ولاية أحد على أحد. فالمتيقّن هو الفقيه.

وإن أبيت عن ذلك فلاريب في أنّ مقتضى الاستصحاب ذلك. لأنّه كان للغرماء حقّ التحجير على المديون لكن بتوسيط السلطان العادل، وهو الإمام عليه السلام. فإذا تعذّر السلطان العادل فالأصل بقاء حصتّهم في الجملة.

وبتقريب آخر: إنّ للغرماء قسمة ماله بينهم بحسب الحصص، وثبوت ذلك للحاكم من جهة الجمع بين مراعاة مصلحتهم ومصلحة الدائن، والأصل بقاء حقّهم. والقدر المتيقّن أن يكون للحاكم إجراء ذلك.

إن قلت: لولا دليلا الحكومة والقضاوة المشار إليهما والإجماع المسلّم كان للخدشة في الباقي مجال، إذ ثبوت الولاية على الحجر والقسمة والبيع للإمام عليه السلام لايقتضي ثبوتها للفقيه الجامع للشرائط إلّا بناءً على عموم دليل النيابة، وهو ممنوعٌ. وكونُ الفقيه هو المتيقّن بعد فرض المطلوبيّة ولو بالاستصحاب كما أُشير إليه ممنوعٌ أيضاً بنحو الإطلاق، إذ مع فرض الأب والجدّ والوصيّ عنهما فمقتضى الاستصحاب الفعليّ في الفلس المتّصل بالصغر والجنون الثابت فيه ولايتهم والاستصحاب التعليقيّ في غيره: ولايتهم عليه، فلا تصل النوبة إلى ولاية الفقيه.

قلت: لايجري الاستصحاب قطعاً، فإنّ الولاية في الحقيقة في باب المفلّس للغرماء، فإنّ الحقّ لهم على المديون والحاكم وليٌّ على مصلحتهم واستيفاء حقوقهم، فإنّه لو لم يطلبوا الحجر من الحكّام أو أسقطوا حقّهم عن المديون لايكون للحاكم حقّ ذلك، فالحقّ للغرماء على مال المديون ولهم أن يقسموا بينهم بالحصص أو يبيعوا ويستوفوا ديونهم، لكن ليس لهم استيفاء ذلك بالمباشرة، بل جُعل الحاكم وليَّ ذلك، حفظاً لمصالح جميع الغرماء والتعديل بينهم بمقدار حصصهم وحفظاً لمصالح المديون من جهة البيع أو التقسيم ومن جهة الإنفاق عليه من ماله بمقدار ما يحتاج إليه. ►

أوسَفَهٍ*

↲ وبعبارة أُخرى: ولاية الأب والجدّ حال الصغر لم‌تكن ثابتةً على التقسيم بين الغرماء أو البيع لأجلهم، فلو كان المفلّس هو الصغير لا مناص إلّا عن دخالة الحاكم من جانب الغرماء مع حفظ مصلحة الصغير وعدم تعدّي الغرماء عليه وعلى وليّه الإجباريّ. فلا استصحاب في البين، والأب والجدّ بالنسبة إلى حفظ حقّ الغرماء من الأجانب، فلافرق بينهما وغيرهما.

وبتقريب آخر: الوليّ الإجباريّ ليس بأولى من المفلّس بنفسه.فكما ليس له‌الامتناع عن بيع ماله لمصلحة الغرماء كذلك ليس للأب والجدّ أيضاً ذلك، لتزاحمه لحقّ الديّان بنظر الحاكم فولايتهما لغو قطعاً.

والغرض بيان أنّ للحاكم الولاية على مال المفلّس وتوضيح ذاك الحكم الضروريّ بينهم من حيث الدليل لكن على نحو الإجمال والإهمال، وباقي الكلام موكول إلى بابه، وهو الموفّق.

ولاية الحاكم وأمينه على السفيه وأنّ مقتضى الدليل تقدّم ولاية الأب والجدّ عليه مطلقاً

(*) **المقصود هو المنفصل** عن البلوغ كما ذكرنا في الجنون.

وأمّا المتّصل فمقتضى ما تقدّم من الدليل بقاء ولاية الأب والجدّ والوصيّ عنهما في الجملة كما مرّ في الجنون. وقد تقدّم بعض المناقشات في ولاية الحاكم على المجنون المنفصل جنونه، وهو جارٍ أيضاً في السفيه، فمقتضى الدليل والأصل ـ كما عرفت ـ أنّ الولاية على السفيه والمجنون مطلقاً للأب والجدّ والوصيّ عنهما، ومع فقدهم فهي للحاكم إلّا أنّ الأحوط هو الاستيذان من الحاكم في المنفصل مطلقاً، من غير فرق بين السفيه والمجنون، وهو العالم الهادي الموفّق.

أو الغائب[(١)] *.

ولاية الحاكم وأمينه على الغائب

(*) ما يمكن الاستدلال به على الولاية على الغائب أُمور:

منها: حديث نفي الضرر[(٢)]، فإنّ لزوم صبر من له الدين على الغائب ضرريّ منفيّ به، فيجوز له الأخذ من ماله، والمتيقّن جواز تصرّفه لأداء دينه هو الفقيه فيرجع إليه.

ومنها: إلقاء الخصوصيّة ممّا ورد في الممتنع، فإنّ الملاك بحسب متفاهم العرف مراعاة الحقوق، ومقتضاه: ثبوتها أيضاً بالنسبة إلى الغائب، لوجود الملاك.

ومنها: حصول الاطمينان برضاه بالتصرّف في ماله إذا كان على طبق مصلحته، كبيع ماله الّذي صار معرضاً للفساد.

ومنها: أنّ التصرّف فيه في المورد المذكور إحسان إليه وإن لم يحرز رضاه ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾[(٣)].

ومنها: كون التصرّف فيما له من مناصب الحكومة فيدلّ عليه خبرا ابن حنظلة وأبي خديجة المتقدّمان[(٤)].

ومنها: ماورد في الصحيح عن ابن أبي عمير عن جميل عن جماعة من أصحابنا عنهماعليهما السلام. قالا: «الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البيّنة، ويباع ماله، ويقضى عنه دينه وهو غائب، ويكون الغائب على حجّته إذا قدم» قال: «ولا يدفع المال إلى الّذي أقام البيّنة إلّا بكفلاء»[(٥)].

وعن محمّد بن مسلم عن أبي جعفرعليه السلام نحوه وزاد: «إذا لم يكن مليّاً»[(٦)]. ↖

---

(١) من قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٢١.

(٢) راجع وسائل الشيعة: ج ٢٥ ص ٤٢٧، الباب ١٢ من كتاب إحياء الموات.

(٣) سورة التوبة: ٩١.

(٤) في ص ٣١١ و٣١٣.

(٥) وسائل الشيعة: ج ٢٧ ص ٢٩٤ ح ١ من ب ٢٦ من أبواب كيفيّة الحكم.

(٦) وسائل الشيعة: ج ٢٧ ص ٢٩٥.

◄ ومنها: صحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: «كان عليٌّ عليه السلام يقول: لا يحبس في السجن إلّا ثلاثة: الغاصب، ومن أكل مال اليتيم ظلماً، ومن ائتمن على أمانة فذهب بها، وإن وجد له شيئاً باعه غائباً كان أو شاهداً»[١].

ومنها: ما عن أبي خديجة في حديث: أنّ رجلاً كتب إلى الفقيه عليه السلام في رجل دفع إليه رجلان شراءً لهما من رجل فقال: لا تردّ الكتاب على واحد منّا دون صاحبه، فغاب أحدهما أو توارى في بيته، وجاء الّذي باع منهما فأنكر الشراء ـ يعني القبالة ـ فجاء الآخر إلى العدل فقال له: اخرج الشراء حتّى نعرضه على البيّنة، فإنّ صاحبي قد أنكر البيع منّي ومن صاحبي، وصاحبي غائب، ولعلّه قد جلس في بيته يريد الفساد عليّ، فهل يجب على العدل أن يعرض الشراء على البيّنة حتّى يشهدوا لهذا أم لايجوز له ذلك حتّى يجتمعا؟ فوقّع عليه السلام: «إن كان في ذلك صلاح أمر القوم فلا بأس إن شاء الله»[٢].

وجه **الاستدلال** بالأخير للولاية على الغائب ولو كان في البلد أنّه وإن لم يكن بالنسبة إلى المال إلّا أنّ المستفاد من الخبر وجود المحذور من إراءة القبالة لولا كون الإراءة بصلاح القوم وأنّ ذلك من باب رفع اليد عن طيب نفس من له ذلك لمراعاة صلاح القوم.

والمقصود من جميع ذلك الإشارة إلى ما يمكن أن يكون وجهاً للمسألة بنحو الإجمال من غير تعرّض للمناقشات الّتي ربما يمكن توجّهها إلى بعض ما تقدّم من حيث أصل الدلالة على الولاية أو من حيث الإطلاق. هذا.

وحيث يحتمل ولاية الأب والجدّ والوصيّ عنهما بالنسبة إلى الغائب من جهة مراعاة مصلحته فلا يترك الاحتياط بالاستيذان منهما أيضاً، خصوصاً في صورة كون الغيبة متّصلةً بالصغر أو بالجنون أو السفه المتّصلين به، وذلك للاستصحاب.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ٢٧ ص ٢٩٥ ح ٢ من ب ٢٦ من أبواب كيفيّة الحكم.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٢٧ ص ٢٩٥ ح ٣ من ب ٢٦ من أبواب كيفيّة الحكم.

المسألة السادسة والعشرون: الوصيّ إنّما ينفذ تصرّفه بعد موت الموصي مع صغر الموصىٰ عليه أو جنونه*،وله أن يقترض**مع الملاءة***

ولاية الوصيّ على المجنون

(*) بشرط الاتّصال بالصغرعلى ما ذكروه،لأنّه هو الّذي يكون ملاكاً لولايةالموصي من الأب والجدّ.

ومنه يظهر أنّ الكلام في السفيه هو الكلام في المجنون، فهو نافذ التصرّف في ماله إلى أن يونس منه الرشد.

جواز الاقتراض مع الملاءة

(**) قال السيّد الماجد‏: واشترط الشهيد والمحقّق الثاني في الاقتراض والتقويم الإشهادَ والرهنَ، وأطلق في نهاية الإحكام والتذكرة[١].

أقــولُ: ويدلّ عليه صحيح منصور بن حازم عن أبي عبدالله‏ في رجل ولّىٰ مال يتيم أيستقرض منه؟ فقال: «إنّ عليّ بن الحسين‏ قد كان يستقرض من مال أيتام كانوا في حِجره فلا بأس بذلك»[٢]. ويدلّ عليه غيره فراجع.

ومقتضى ذلك: جواز ذلك لجميع الأولياء من الفقيه وعدول المؤمنين أيضاً.

(***) ويدلّ عليه ـ مضافاً إلى الآية الشريفة الناهية عن قرب مال اليتيم ﴿إِلَّا بِالَّتِى هِىَ أَحْسَنُ﴾[٣]، فإنّ الاقتراض مع عدم الملاءة قرب بالّتي لايكون أحسن ـ معتبر ابن أبي‌عمير عن ربعيّ عن أبي عبدالله‏ قال: في رجل عنده مال اليتيم، فقال: «إن كان

(١) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٦٧٢.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٢٥٨ ح ١ من ب ٧٦ من أبواب ما يكتسب به.

(٣) سورة الأنعام: ١٥٢.

وأن يقوّم على نفسه (١)*.

﴾محتاجاً وليس له مال فلا يمسّ ماله، وإن هو اتّجر به فالربح لليتيم وهو ضامن»(٢)، فإنّ الصدر يشمل الاقتراض أيضاً.

وممّا ذكرناه من التمسّك بالآية الشريفة يظهر الوجه في‌ما نقله السيّد الماجدﷺ عن الشهيد والمحقّق الثاني من الاشتراط بالرهن والإشهاد.

ويمكن أن يقال: إنّ الاقتراض المتعقّب بالأداء بدون الإضرار بماله جائز بحسب الواقع وإن لم يكن المقترض مليّاً ولم يشهد على ذلك ولم يرهن وثيقة لذلك، لكنّه حرام ظاهراً، لاحتمال الإضرار بماله وعدم تيسّر الأداء بعد ذلك.

والوجه في ذلك أنّ الآية الشريفة تقتضي كون التصرّف هو الأحسن في مقام الثبوت والواقع وأن يكون كذلك في مقام الإثبات بأن يراعى ما هو أقرب إلى الاحتياط. وتوجّه النهي بالاعتبار الأوّل واقعيّ وبالاعتبار الثاني ظاهريّ، ولا إشكال في ذلك بعد مساعدة العرف والحكم بالتفكيك بينهما بحسب مناسبة الحكم والموضوع.

وممّا ذكرنا يظهر أنّ الأرجح هو الإطلاقُ بحسب الحكم الواقعيّ، والاشتراطُ بما يوجب القطع بعدم توجّه الضرر إلى اليتيم في مقام الظاهر.

ومنه يظهر أنّه لا خصوصيّة للإشهاد والرهن، وأنّ اللازم في عصرنا هذا هو الثبت في الدفاتر الرسميّة مع جعل وثيقة لذلك ليحصل القطع بعدم تضييع حقّه.

جواز تقويم ماله على نفسه

(*) فإنّه إن قوّم على نفسه ووضع ثمنه في موضعه نقداً فهو كالبيع من غيره، فهو صحيح إذا كان مقروناً بمصلحة اليتيم،وإن ضمن قيمته في ذمّته فهو بحكم الاقتراض ﴿

---

(١) من قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٢١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٢٥٧ ح ٣ من ب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به.

المسألة السابعة والعشرون: الوكيل يمضي تصرّفه مادام الموكّل حيّاً جائز التصرّف، فلو مات*

↲الّذي تقدّم الكلام فيه، وعلى كلّ لابدّ من مراعاة ما هو الأصلح له بحسب الواقع وبحسب مقام الإثبات والظاهر.

موت الوكيل والموكّل مبطل للوكالة

(*) قال ﷺ في مفتاح الكرامة: وكذا الوكيل، وذلك لأنّ بطلانها بموت الوكيل ظاهر. وأمّا بموت الموكّل فلأنّ البطلان بعد موت الموكّل هوالأصل وإنّما خرجت مسألةالعزل بالنصّ، مضافاً إلى الاعتبار، لأنّ الموكّل فيه إن كان مالاً فقد انتقل إلى الورثة فالمعتبر حينئذٍ إذنهم، وإن كان عقداً أو نحوه لم يكن بعد الموت قابلاً له. وكذلك الاعتبار جارٍ في الوكيل، لمكان اختصاصه بالإذن دون وارثه، مضافاً إلى إجماعهم على ذلك فيهما على الظاهر، وهو المنقول عن صريح الغنية ولم أجده[1]. انتهى ملخّصاً.

أقول: بطلان الوكالة بموت الوكيل واضح كما ذكره، فإنّه لا يتحقّق بواسطة الوكالة حقّ حتّى ينتقل إلى الورثة، فإنّ تصرّف الوكيل ليس إلّا من شؤون تسلّط الموكّل على ماله، وهو أيضاً لايكون من الحقوق ولذا ليست قابلةً للإسقاط، وعلى فرض ثبوت الحقّ بها فليس ذلك بنحو الدوام حتّى ينتقل إلى الورثة، فهو نظير استحقاق المستأجر للانتفاع بالعين المستأجرة إذا كان موردها ذا مدّة محدودة بما ينطبق على حياته، وكالعمرىٰ، فتأمّل.

وأمّا بطلانها بموت الموكّل فهو أيضاً واضح إذا لم يُقم الموكّل قرينة على الدوام، للانصراف عرفاً إلى مدّة حياته، فإنّ بناء العقلاء على تفويض الأمر بعنوان التوكيل إلى المعتمدين مادام الحياة، وأمّا التفويض إليهم بعد الموت فهو بعنوان الإيصاء عندهم. ↰

(١) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٦٧٢ ـ ٦٧٣.

↙ وأمّا إذا صرّح بذلك فقال:«زيدٌ وكيلي فيالأُمور الراجعةإليّ في حياتي وبعد وفاتي» فالبطلان غيرواضح،ولعلّه مبنيّ على كون الوكالةهل هيالإذن أو يكون الإذنمن أركانه ومقوّماتها أم لا بل هي عبارة عن تفويض الأمر إليه؟

فإن كان مفادها أحد الأوّلين فقد بطل، لعدم العلم ببقاء الإذن وعدمِ جريان الاستصحاب،لتغاير الموضوع عند العرف. ولا ينافي ذلك القول بجواز البقاءعلى التقليد، لأنّ المستصحب فيه هوحجّيّةالرأي الّذي كان موجوداً حال حياتهأو استصحاب الحكم الظاهريّ الثابت للمقلّد في زمن حياته.

وأمّا إن كان مفادها هو الثالث كما هو المتفاهم من عنوان الوكالة عرفاً (ومحصّله تفويض الأمر إليه في البيع والشراء أو غيرهما. وليس الإذن فيه إلّا كالإذن الضمنيّ الحاصل في البيع والإجارة وسائر المعاملات، بل كالرضا الموجود في جميع الأفعال الاختياريّة) فلا وجه حينئذٍ لبطلانه بالموت.

وما ذكره السيّد الماجدﷺ في كلامه المتقدّم في تقريب عدم بقاء الوكالة من عدم مال للميّت فمدفوعٌ بأنّ ذلك إذا لم يعيّن الثلث لمصارفه الّتي تكون مورداً لانتفاعه بعد الموت ـ كالاستيجار للصوم والصلاة ـ وصرفه أو منافعه في الخيرات والمبرّات.

والحاصل: أنّه يمكن أن يقال: إنّه لا ينحصر الأمر في مقام التفويض بعد الموت أن يكون ذلك بعنوان الإيصاء أو بعنوان التفويض أو التوكيل بعد الموت بحيث يلاحظ عنوان كونه بعد الموت، بل يكفي في ذلك أن يوكّل شخصاً ويفوّض ما إليه إلى الشخص المذكور إلى آخر عمر ذلك الشخص فيكون العقد المزبور بمنزلة عقد الوكالة والوصاية فهو عقد في حكم عقدين، أو يفوّض إليه ماله من خيار الفسخ بالنسبة إلى العقد الواقع بين شخصين آخرين في حياته وبعد موته مطلقاً أو إلى مدّة، ولايبعد أن يكون هذا مفاد الوكالة ويترتّب عليه أيضاً جواز اشتراط عدم حقّ العزل وكون الأمر مفوّضاً إليه ولو مع عدم الإذن بل ومع وجود الكراهة النفسانيّة.

ويؤيّد ذلك ماورد فيه النصّ وأفتوا به الأصحاب من بقاء الوكالة مع عدم العلم ↖

◄ بالعزل، فإنّها لو كانت هو الإذن أو كان دخيلاً في قوامها لم يعقل بقاؤها. والحكم بالبقاء تعبّداً وتنزيلاً بعيدٌ جدّاً، بخلاف ما لو كان مفاده مفوّضيّة الأمر إليه وصحّة تصرّفه من قبل الموكّل. ويؤيّد ذلك الاحتياج إلى العزل وعدم كفاية صِرف عدم الرضا باطناً. وتمام الكلام في المبنى المزبور محوّل إلى بابه، وهو الموفّق الهادي.

وقد يستدلّ لذلك بالمرسل عن الفقيه عن عبدالله بن بكير عن بعض أصحابنا عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل أرسل يخطب عليه امرأة وهو غائب، فأنكحوا الغائب وفرضوا الصداق، ثمّ جاء خبره أنّه توفّي بعد ما سيق الصداق؟ فقال: «إن كان أملك بعد ما توفّي فليس لها صداق ولا ميراث، وإن كان أملك قبل أن يتوفّى فلها نصف الصداق وهي وارثة وعليها العدّة»[١].

وفيه ـ مضافاً إلى الإرسال ـ : أنّ بطلان الوكالة بموته بالنسبة إلى التزويج واضح، لعدم اعتباره للميّت.

إنّما الكلام في ما لو كان للميّت مال ووكّل شخصاً فيه حيّاً وميّتاً كما عرفته في صدر المسألة. وعلى ما ذكر فليس في البين دليل يعتمد عليه إلّا الإجماع كما قالﷺ في الجواهر[٢]، وحيث إنّه يحتمل أن يكون مدرك الإجماع هو كون الإذن من مقوّماته كما في الجواهر[٣]، فلا يصلح ذلك للاعتماد عليه.

ويمكن أن يقال: إنّ الوجه فيه أنّ الوكالة متضمّنة للنيابة وقصد وقوع الفعل بعنوان النيابة عنه، ولا يعتبر النيابة عن الميّت في البيع.

وفيه أوّلاً: عدم لزوم قصد النيابة، فإنّ الوكيل لا يقصد إلّا وقوع البيع للموكّل، وذلك حاصل في التصرّف في الثلث الّذي جعله الموكّل للصرف في ما ينتفع به.

وثانياً: أنّ عدم اعتبار النيابة عن الميّت غير واضح، فإنّها ثبتت في العبادات.

ويمكن أن يقال أيضاً: إنّه على فرض تقوّم الوكالة الواقعة في الخارج بحسب بناء ◄

---

(١) وسائل الشيعة: ج ٢١ ص ٣٣٠ ح ١٦ من ب ٥٨ من أبواب المهور.

(٢ و ٣) جواهر الكلام: ج ٢٨ ص ٦٧٣.

أو جُنّ أو أُغمي عليه زالت الولاية[١]*.

↲ العقلاء متضمّنة للإذن أو النيابة بالمعنى غير المعتبر في ما كان الموكّل ميّتاً إنّه لا وجه للحكم بالبطلان إذا كان مقصود الموكّل هو تفويض التصرّف إليه وقبله الوكيل، فإنّه عقد يحكم بصحّته، لعموم تسلّط الناس على أموالهم وغير ذلك.

الجنون والإغماء من كلّ واحد من الوكيل والموكّل مبطل للوكالة

(*) قال في الجواهر: «بلاخلاف أجده فيه» بعد قول المحقّق: و[أي تبطل] بالجنون والإغماء من كلّ واحد منهما[٢].

وقال السيّد الماجد: وأمّا بطلانها بالجنون والإغماء من كلّ واحد منهما فهو موضع وفاق كما في المسالك، وقال: ولأنّه من أحكام العقود الجائزة. قلت: ولأنّهما لو حصلا في الوكيل منع من التصرّف لنفسه فما ظنّك بتصرّفه لغيره، ولو حصلا في الموكّل منعناه عن استقلاله في التصرّف بنفسه فكيف لا يمنعان تصرّف مَن هو في حكمه[٣].

أقول: يمكن أن يوجّه بطلانها بهما من كلّ واحدمنهما بأنّ مفادها الإذن في التصرّف وتفويض التصرّف إليه، ولا يمكن أن يكون الموكّل حين الجنون والإغماء متلبّساً بذلك كما لايمكن أن يكون الوكيل حين ذلك مأذوناً في التصرّف ويكون الأمر مفوّضاً إليه. والنقض بالنوم مدفوعٌ بخروجه عن ذلك الأصل بقيام الضرورة العرفيّة والشرعيّة.

وفيه **أوّلاً:** أنّه قد مرّ منع تقوّم مفادها بالإذن، بل الرضا وطيب النفس بالتصرّف من علل تحقّقها كما في جميع الأفعال الاختياريّة، بل يمكن أن يقال: إنّ مفادها كون الوكيل مفوّضاً إليه التصرّف ونافذ العمل، وحينئذٍ هو قابل للبقاء عند عروض الجنون ↰

---

(١) قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٢١.

(٢) جواهر الكلام: ج ٢٨ ص ٦٧٦.

(٣) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٦٧٣.

والإغماء على الوكيل، من جهة قابليّته للاتّصاف بأنّ التصرّف بعد السلامة مفوّض إليه في هذا الزمان أيضاً، كما لو كان وكيلاً من يوم الخميس في بيع دار الموكّل في يوم الجمعة، فإنّ التفويض فعليّ متعلّق بالتصرّف الاستقباليّ، فكما أنّ الوكيل في حال النوم لايكون مفوّضاً إليه التصرّف في الحال المذكور بل فوّض إليه التصرّف في المواقع الصالحة للتصرّف وقابلٌ للبقاء عند عروضهما على الموكّل أيضاً ـ لأنّها ليست إلّا كحقّ الخيار المفوّض من البائع إلى المشتري ـ وكما أنّ الجنون والإغماء لايبطلهما لسبق زمان إعمال التصرّف كذلك في المقام.

وثانياً: على فرض تقوّمها بالإذن فمأذونيّة الوكيل المغمىٰ عليه والمجنون بالجنون الإدواريّ حينهما في التصرّف بعدهما لا مانع منه، وهو كافٍ في بقاء عنوان الوكالة كما في المثال المتقدّم، فتأمّل.

وأمّا بالنسبة إلى الموكّل فيمكن أن يقال بكفاية الإذن المعلّق على فرض الإفاقة كما في النائم عند العرف والعقلاء.

نعم، على فرض التقوّم بالإذن كما هومبنى الإشكال الثاني فلابدّ من الحكم بالبطلان حين عروض الجنون، إلّا أن يقال: إنّ إذنه في التصرّف حين كونه عاقلاً بالنسبة إلى جميع الأزمنة الّتي منها زمان الجنون كافٍ في بقائها، ومنشأ ذلك ثبوت ولايته حين العقل علىمصالحه حين الجنون من جهة ثبوت تسلّط الناس على أموالهم.

وثالثاً: على الفرض المذكور وفرض البطلان حين حصول الحالتين للوكيل والموكّل فلا وجه لبطلانها رأساً، فإنّ المالك لو أذن في التصرّف في داره في جميع الشهور والأيّام إلّا في يوم الجمعة مثلاً فلا معنى لبطلان إذنه بعد يوم الجمعة، فإنّ الوكالة حسب الفرض متقوّمة بالإذن، ولا إذن عند عروض الحالين لكلّ واحد منهما لكن لامانع من وجود الإذن بالنسبة إلى ما بعد ذلك مع وجود المقتضي، وهو إطلاق مفاد الوكالة ودليل صحّتها.

المسألة الثامنة والعشرون: لو اتّفق عقد الوكيلين على الجمع والتفريق في الزمان* بطلا، ويحتمل التنصيف*** فيتخيّران. ولو سبق أحدهما صحّ خاصّةً.**

وقوع العقد من الوكيلين

(*) **قال السيّد الماجد**ﷺ: الجارّ الأوّل متعلّق بـ«الوكيلين» والثاني صلة «اتّفق». والتقدير: لو اتّفق عقد البيع الصادر من الوكيلين اللّذين وكّلهما على الجمع والتفريق أي تصرّف كلّ منهما مع الآخر وبدونه مأذون فيه زماناً بأن كان زمان أحد العقدين بعينه هو زمان الآخر بطلا[1].

(**) **وجه البطلان** أنّ دليل الصحّة يقتضي مالا يمكن تحقّقه واعتباره في الخارج، وهو نفوذ العقدين. والحكم بصحّة أحدهما لابعينه لايكون مقتضى الدليل،وليس مقتضاه الحكم بالصحّة في كلّ منهما على فرض بطلان الآخر، لأنّ مقتضاه الحكم بصحّة كلا البيعين على فرض بطلانهما فيحكم حينئذٍ ببطلان الكلّ، لعدم الدليل على صحّة أحدهما المعيّن أو غير المعيّن، فلا يكون الموضوع مشكلاً حتّى يحكم بالقرعة، وهذا بخلاف ما إذا بيع بأحد الشخصين وقبل كلّ واحد منهما بالوصف المذكور، فإنّ مقتضى الدليل: صحّة البيع بالنسبة إلى أحدهما فيرجع إلى القرعة في ذلك على حسب القاعدة.

(***) **قال السيّد الماجد**ﷺ في وجهه: إنّ تقديم أحدهما في الكلّ ممتنع، وإبطال ثبوت أحد المتنافيين بوجود الآخر يستلزم وجوده، فلو بطلا لوجدا وأثّرا، وهو محال، لاستلزامه اجتماع الضدّين، فوجه الجمع: التنصيف كالتداعي[2].

أقول: ليس وجه بطلان كلّ واحد منهما هو التضادّ مع صحّة الآخر حتّى يلزم من بطلان كلّ منهما صحّة الآخر، بل الوجه في عدم صحّة المجموع هو التضادّ.

(١ و٢) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٦٨٣.

ولو باعا على شخص ووكيله أو على وكيليه دفعةً: فإن اتّـفق الثـمن جنساً وقدراً صحّ*،

ـ والوجه في عدم صحّة كلّ واحد مع فرض بطلان الآخر على وجه التعيين: هو الترجيح من غير المرجّح، وعلى النحو غير المعيّن: عدم اقتضاء الدليل لذلك.

فالبرهان على البطلان مركّب من مقدّمات:

منها: أنّ صحّة المجموع مستلزم للجمع بين الضدّين.

ومنها: أنّ صحّة أحدهما المعيّن ترجيح من غير مرجّح.

ومنها: أنّ صحّة أحدهما لا على التعيين والتعيين بالقرعة خارج عن مفاد الدليل وكذا التنصيف، فلابدّ من الحكم بالبطلان.

(*) **قال السيّد الماجد:** كما في نهاية الإحكام والإيضاح وجامع المقاصد[1].

والوجه في ذلك أنّه وإن لم يكن البيع بالنسبة إلى حصول الأثر من العلل التكوينيّة المؤثّرة في حصول المعلول الخارجيّ لكنّه اعتبر بحسب بناء العرف والعقلاء على نسق العلل والمعلولات التكوينيّة فيكون في حكمها، وحينئذٍ تحصيل الملكيّة بالنسبة إلى الثمن والمثمن في الفرض المذكور بعلّتين جعلتا بحسب الاعتبار علّةً للتأثير في حصولها فتكون مستندةً إلى المجموع كما في العلّتين المستقلّتين الواردتين على معلول واحد.

وممّا ذكرنا يظهر ضعف ما في مفتاح الكرامة: من أنّ الأسباب الشرعيّة علامات وما نقله عن الإيضاح عن جمهور المعتزلة من أنّها أسباب مؤثّرات حقيقة[2]، فإنّ البيعين في المقام ليسا من قبيل العلامة على ما هو السبب، بل البيع هو بنفسه مؤثّر بالجعل والاعتبار، وليس مؤثّراً في عالم التكوين، بل هو موجب لاعتبار الملكيّة عنده، وذلك حاصل بحسب اعتبار العرف والعقلاء الممضىٰ بالاعتبار الشرعيّ.

(١ و ٢) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٦٨٤.

وإلّا فالأقرب البطلان*.

(*) قال السيّد المعظّم له: كما في الكتب الثلاثة المتقدّمة. واحتمل التنصيف كما في ما تقدّم.واختار في الإيضاح تقدّم الأصلح والحكم بصحّته فيه والبطلان في الآخر[1]. انتهى ملخّصاً.

أقول: يمكن أن يقال:إنّ مقتضى البرهان:صحّة البيع على الوكيلين واستحقاق الموكّل الّذي يباع له الثمنين، والغبن يجبر بالخيار فيستحقّ في صورة اختلاف الثمن جنساً كلا الجنسين وفي صورة الاختلاف في المقدار المقدارَ الزائد.

فإنّ المقتضي لذلك ـ وهو حصول البيع الواجد لجميع الشرائط المقتضي لوجوب الوفاء على المشتري ـ موجود فيجب عليه الوفاء إلّا أن يكون ضرريّاً فله الخيار لذلك.

والمانع يلخّص في اُمور كلّها مدفوعةٌ:

منها: أنّ مقتضى كلّ من البيعين:عدم استحقاق الزائد على ما يجعل ثمناً فيه فيحصل التنافي بينهما من حيث المفهوم.

وفيه: أنّ مفهوم كلّ بيع عدمُ اقتضائه الاستحقاق الزائد من جهة نفسه، فلا ينافي الاستحقاق من جهة التزام المشتري به في عقد آخر صادر من نفسه أو وكيله على الفرض.

ومنها: أنّ الرضا الحاصل من المشتري في كلّ من البيعين كان في ظرف تخيّل كون الثمن المجعول فيه هو الثمن المنحصر فاستحقاق كلّ من الثمنين لم يكن مرضيّاً لهما.

وفيه: أنّ تخلّف الدواعي في المعاملات لايوجب بطلانها، بل غاية ما في الباب إيجاب الخيار من باب كون وصف الانحصار والوحدة من الأوصاف الّتي تكون بمنزلة المذكور في العقد فتخلّفه يكون من قبيل تخلّف الوصف، فيمكن أن يقال بثبوت الخيار حينئذٍ للمشتري وإن لم يكن مغبوناً.

ومنها: أنّ فرض حصول كلّ من البيعين مساوق لصيرورة المبيع ملكاً للمشتري

---

(١) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٦٨٤ ـ ٦٨٥.

ولو اختلف الخيار فالأقرب مساواته لاختلاف الثمن*، إلّا أن يجعلاه مشتركاً بينهما[١].

↲بالثمن المخصوص، فينافي أن يكون في هذا الحال ملكاً له بالثمن الآخر، لأنّه ليس في هذا الظرف ملكاً للبائع حتّى يجعله ملكاً للمشتري بثمن آخر، فكلّ من البيعين مخالف للآخر فيبطلان.

وفيه: أنّ الملكيّة في رتبة العلّة كافية في ثبوت الاختيار للبائع أو وكيله، وإلّا امتنع التمليك في جميع البيوع والملكيّة حاصلة.

إن قلت: الملكيّة في رتبة العلّة هي الملكيّة مع قطع النظر عن التمليك إلى الغير، وفي كلّ واحد من الإنشاءين ليست الملكيّة مع قطع النظر عنه متحقّقاً للبائع لو كان الإنشاء الآخر مؤثّراً.

قلت: العلّة للملكيّة في المقام هي مجموع الإنشاءين، لفرض ورودهما على معلول واحد، ومع قطع النظر عن العلّة الّتي هي مجموع الإنشاءين تكون الملكيّة حاصلة للبائع، وإلّا لتخالف البيعان في فرض تساوي الثمن قدراً وجنساً أيضاً.

إن قلت: إنّ لازم ما ذكر هو تعدّد الثمن أيضاً إذا كان الثمنان متساويين في الجنس والمقدار، لاقتضاء كلّ واحد من البيعين فرداً مشابهاً للفرد الآخر.

قلت: لايقتضي كلّ واحد من الإنشاءين إلّا أصل طبيعة الثمن الخاصّ المنطبق على فرد واحد ولا يقتضي فرداً مغايراً لما اقتضاه الإنشاء الآخر. هذا.

ولكنّ المسألة بعد لا تخلو عن الغموض فلابدّ من التأمّل التامّ، وهو وليّ التوفيق والإنعام، وحيث إنّ الفرض بعيد الوقوع طوينا عنه الكلام.

(*) قال السيّد المعظّم لهﷺ: كما قطع بـه في نهاية الإحكام وقوّاه فـي الإيضاح. ↱

---

(١) من قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٢١.

◄ووجهه أنّ الخيار نوع ارتفاق: فإن كان للبائع فهو بمنزلة الزيادة، وإن كان للمشتري كان بمنزلة النقيصة(١).

أقول: لعلّ الأصحّ عدم مساواته لاختلاف الثمن، بناءً على كون شرط الخيار كسائر الشروط من قبيل الالتزام في الالتزام، ولايكون الشرط جزءًا من الثمن أو المبيع بحسب مقام الإنشاء. وكونه ملحوظاً في مقام جعل كمّيّة خاصّة للثمن ـ مثلاً ـ يكون من قبيل الدواعي الّتي لاتكون في دائرة الإنشاء فيكون خارجاً عمّا هو موضوع للأثر، ولذا قالوا بعدم سراية فساد الشرط إلى فساد العقد. فحينئذٍ يقال: إنّه مع الغضّ عمّا تقدّم في التعليق السابق من عدم تأثير الاختلاف في الثمن في البطلان على حسب ما قرّر ومع فرض كون الاختلاف موجباً لفساد العقدين فلاريب أنّ الاختلاف ليس في المقام إلّا في شرط الخيار فيبطل في العقدين إذا كان فيهما أو في‌ما كان فيه لكن يحكم بصحّة العقدين. وهو العالم.

هذا تمام الكلام في مبحث الولاية حسب ما تعرّض له المتن،ولها أقسام أُخرى ربما تجيء إن شاء الله تعالى في أبوابها المناسبة: كولاية المقاصّ، وولاية من تعلّق بماله الخمس أو الزكاةعلى الإفراز،وولايةمن وقع بيده اللقطةأو المجهول المالك في التصدّق أو التملّك، وولاية السلطان غير العادل على التصرّف في الخراج أو الزكاة في الجملة.

ويمكن أن يلحق بذلك كلّ من تكفّل للحكومةعلى الناس بشرط أن يكون التصرّف في الأموال على طبق مراعاة المصلحة فلابدّ من مراجعة أدلّة الخراج والمقاسمة، وقد تقدّمت جملة منها في المجلّد الأوّل من هذا الكتاب فراجع وتأمّل.

ويمكن أن يقال في تصحيح ولايةالحكومات بثبوت بناء العقلاء على ذلك، ومقتضاه اعتبار الملكيّة للمصالح العامّة عند تصرّفهم لها. والمقصود هو الإشارة إلى مدارك المسألة ولعلّه يجيء إن شاء الله تعالى تحقيق ذلك في كتاب الوكالة أو القضاء، وهو الموفّق الهادي.

---

(١) مفتاح الكرامة: ج ١٢ ص ٦٨٦.

شروط العوضين

القول في شروط العوضين

وهي أُمور:

الأوّل: يشترط في المبيع أن يكون عيناً متموّلاً*،

الأوّل: يشترط أن يكون المبيع عيناً متموّلاً

(*) هذا ينحلّ إلى ثلاثة شروط:

الأوّل: أن يكون المبيع عيناً.

الثاني: أن يكون له ماليّة في العرف، فلا يصحّ بيع ما لا منفعة له، كرطوبات الإنسان.

الثالث: أن يكون له ماليّة في الشرع ولم يكن ممّا أسقط الشرع ماليّته بتحريم منافعه كالخمر والخنزير.

ثمّ إنّه يترتّب على الثاني ـ وهو اعتبار الماليّة العرفيّة ـ أمران:

أحدهما: مامرّ من عدم صحّة بيع ما لا منفعة له.

ثانيهما: عدم صحّة بيع ما لا ماليّة له لقلّته كحبّة الحنطة.

ثمّ لايخفى أنّ اشتراط كون مورد البيع عيناً مربوط بالمبيع واشتراط الماليّة مربوط بالعوضين، فجعل كلّ منهما شرطاً في المبيع ـ كما في المتن ـ خالٍ عن السداد.

وكيف كان، فيدلّ على الأوّل ـ وهو اعتبار أن يكون المبيع عيناً ـ صحّة السلب، ↖

فإنّه يصحّ سلب البيع عن المعاملة الّتي مفادها تمليك المنفعة. كيف؟! ولولا ذلك لميكن فرق بين البيع والإجارة في العرف مع أنّهما معاملتان متباينتان عندهم، ولا تكون الإجارة من أقسام البيع عندهم، وحينئذٍ لو باع منفعة داره مدّةً فلا يبعد صحّته، لعدم لزوم الصراحة بل يكفي التلفّظ بما يكون مفهوماً عند المتعاقدين لكن لايكون بيعاً، فلا يجري فيه خيار المجلس المختصّ دليله بالبيع، ولاخيار الحيوان إن كان المورد للتمليك منفعة الحيوان، ولا غيرهما ممّا يترتّب على عنوان البيع.

ويدلّ على الثاني أنّ البيع عرفاً هو مبادلة مال بمال، فلا يصحّ بيع ما لا ماليّة له وإن تعلّق بذلك غرض عقلائيّ إحياناً، كأن يكون المقصود من بيع رطوبات بدن الإنسان ـ مثلاً ـ جعل شرط في ضمنه ويكون المقصود بالأصالة هو الالتزام بالشرط والإلزام به، أو تعلّق غرض شخص واحد بشيء لا ماليّة له عرفاً، كأن يكون شعر وليّ من أولياء الله عند شخص خاصّ يعرفه تبرّكاً ولايكون مالاً يبذل بإزائه المال ولو مع لحاظ تعلّق غرضه به، فلاينقص به من مال الباذل شيء ولا يزيد في مال الآخذ أيضاً، فإنّه لايصدق البيع على الظاهر على ذلك.

ومنه يظهر الكلام في ما لا يكون متموّلاً من جهة القلّة كحبّة من الحنطة.

ويمكن أن يقال بأنّ القلّة لا توجب سلب الماليّة، لأنّه ليس ملاك الماليّة في نظر العرف بذل المال بإزائه خارجاً حتّى يقال: إنّه لا يبذل المال في قبال الحبّة من الحنطةِ خارجاً إذا كانت منفردة في الوجود، بل الملاك فيها أن يكون الشيء صالحاً للتقويم بشيء آخر. فالظاهر بل المقطوع أنّ الحبّة من الحنطة مال فلا مانع من بيعه وترتيب الأثر عليه إذا تعلّق به غرض عقلائيّ، كما إذا كان المقصود جعل شرط في ضمن العقد اللازم أو كانت الحبّة الّتي تكون مورداً للبيع مقرونةً بحبّات أُخرى فيقع البيع على كلّ واحدمن الحبّات بنحو الاستقلال وعدم ارتباط أحدهابالآخر،لفرض عدم ردّ المجموع بمعيوبيّة البعض، وعدمِ خيار التبعّض على تقدير عدم صحّة البيع في البعض، وغيرذلك.

والحاصل:أنّه لايصحّ الحكم ببطلان البيع في القليل من جهة عدم الماليّة،بل لابدّ

سواء كان موجوداً في الخارج أو كلّيّاً* في ذمّة البائع** أو في ذمّة غيره، كأن يبيع ما كان له في ذمّة غيره بشيء فلا يجوز أن يكون منفعةً كـمنفعة الدار أو الدابّة أو عملاً كخياطة الثوب أو حقّاً.

◄من الحكم بالصحّة إذا كان في بيعه غرض عقلائيّ، وإن لم يكن فيه غرض عقلائيّ فالبطلان إنّما هو للجهة المذكورة لا لعدم الماليّة.

بل يمكن أن يقال: إنّه لا يشترط في البيع إلّا وجود الإرادة الجدّيّة وإن كانت تلك لغرض اللعب والتفريح، فلا يشترط فيه من جهة الغرض إلّا عدم كونه هزلاً أو لجهة سفهيّة مضرّة بحال البائع، فلا بأس بالبيع إذا كان بداعي اللعب به مثلاً.

(*) فإنّ المراد باعتبار كون المبيع عيناً هو في قبال المنفعة لا في قبال ما في الذمّة، كما هو ظاهر بملاحظة الرجوع إلى عرف العقلاء والمتشرّعة والأحكام المذكورة للبيع في الذمّة كما في السلف وبيع الكلّيّ بالكلّيّ.

جواز كون المبيع كلّيّاً وأقسامه

(**) هذا يتصوّر على أقسام:

منها ـ وهو مقصود المتن على الظاهر ـ : أن يكون تحصّل الذمّة بنفس البيع، بأن يجعل المبيع بنفس البيع على ذمّته كبيع السلف.

وهذا لا إشكال فيه، فإنّك قد عرفت في التعليق السابق أنّ العين إنّما هي في قبال المنفعة.

والمراد من اشتراط الماليّة والملكيّة في المبيع هوقابليّة إضافته إلى المشتري بوصف الماليّة والملكيّة له.

ولا يشترط في المبيع أن يكون مالاً أو ملكاً للبائع قبل إيقاع البيع عليه، فإنّ الزكاة ليست مملوكةً لمتولّيها لكنّها صالحة لتمليكها لمالك العبد وأخـذ العبد منه وعتقه، ◄

وأمّا الثمن فيجوز أن يكون منفعةً أو عملاً متموّلاً، بل يجوز أن يكون حقّاً قابلاً للنقل والانتقال كحقّي التحجير والاختصاص. وفي جواز كونه حقّاً قابلاً للإسقاط غير قابل للنقل والانتقال كحقّي الخيار والشفعة إشكال[1] *.

↲ وهو واضح لاسترة عليه.

ومنها: أن يكون متحصّلاً ومورداً للاعتبار مع قطع النظر عن وقوع البيع عليه، بأن يكون ما في ذمّته ملكاً لشخص آخر لكن يبيع لنفسه بإذنه أو لنفسه فضولةً فأذن له مالك ذمّته. وهذا صحيح على ما قوّيناه في التعليق على المكاسب.

ومنها: أن يكون متحصّلاً وباع ما في ذمّته لغيره عن نفسه بجعل البدل له وكان وليّاً عنه أو أجازه. ولا يبعد الصحّة فيه أيضاً، فتأمّل.

وجه الإشكال في كون الثمن حقّاً غير قابل للانتقال

(*) **لا إشكال في الفساد إن كان مورد المبادلة نفس الحقّ أو مورده بلحاظ الحقّ** المتعلّق به كما في الأعيان الخارجيّة، لأنّ المفروض عدم صلاحيّته للنقل، فالحكم بصحّته الّتي هي عبارة أُخرى عن الانتقال خلفٌ.

وإن كان مورد المعاملة إحدى هذه الصور يحكم بالصحّة أو يمكن القول بها:

الأُولى: أن يكون مورد المعاملة هو الحقّ لا بلحاظ نفسه بل بلحاظ مالكيّة الحقّ، فإنّ من له الحقّ له حقّ الأخذ بالشفعة فيملك العمل المذكور ويملك الحقّ المذكور من حيث الإبقاء إلى مدّة خاصّة أو إسقاطه، فيجعل الثمن ما هو الحقّ بلحاظ انتقال مالكيّة الحقّ إلى البائع فيسقطه أو يبقيه. ↖

---

(١) وسيلة النجاة: ج ٢ ص ٣١.

ولا يصحّ على ما أسقط الشرع* منفعته كآلات الملاهي،

الثانية: أن يكون المفروض عدم انتقاله هو مالكيّةالعمل بالمباشرة بأن يملك المنتقل إليه غيرالشفيع الأخذ بالشفعةلنفسهأو لمن نقلهإليه،فيصحّ أن يقال على الفرض المذكور بانتقال نفس الحقّ إلى البائع بأن ينتقل إليه مالكيّة الأخذ بالشفعة في المثال على من كان له الحقّ، فلا يجوز له الأخذ بالشفعة بنفسه كما لا يصحّ للبائع المنتقل إليه ذلك، بل عمله مملوك لمن انتقل إليه، فهو يملك عمل الناقل الّذي هو المشتري في الفرض. وللمنتقل إليه إسقاط حقّ الشفعة في هذه الصورة، لأنّه المالك للحقّ، وليس للناقل إلّا العمل، وهو واجب عليه بإيجابه.

الثالثة: أن يكون مورد المعاملة هو الإسقاط، فللمنتقل إليه الإسقاط.

الرابعة: أن يملك عليه الإسقاط.

الخامسة: أن يكون العوض نفس السقوط.

السادسة: أن يكون العوض نفس الإسقاط لا مالكيّته.

السابعة: أن يكون الثمن أحد الأمرين من عدم إعمال الحقّ أو الإسقاط.

الثامنة: أن يكون خصوص عدم إعمال الخيار.

لا يصحّ البيع على ما أسقط الشرع ماليّته

(*) الوجه فيه أمران:

أحدهما: أنّ اعتبار البيع الّذي هو في العرف مبادلة مال بمال مناقض لتحريم جميع منافعه الّتي تكون ملاكاً للماليّة بنظر العرف.

ثانيهما: ما تقدّم في المجلّد الأوّل من الكتاب[1] من قوله ﷺ: «إنّ الله إذا حرّم شيئاً

---

(١) في ص ٢١.

ولا على ما لا منفعة له* كرطوبات الإنسان، ولا يقع على حبّة حنطة لقلّته [١] **.

الثاني: تعيين مقدار العوضين*** بما يقدّر به من الكيل أو الوزن أو العدّ، فلا يكفي المشاهدة ولا تقديره بغير ما يكون به تقديره، فلا يكفي تقدير الموزون بالكيل أو العدّ والمعدود بالوزن أو الكيل.

↲ حرّم ثمنه» وتقدّم [٢] وجه اعتباره وتأيّده ببعض الروايات الأُخرى.

لكنّ الظاهر أنّ المنفعة النادرة تكون ملاكاً للماليّة أيضاً ولو بمقدار قليل، فإذا بيع بلحاظ تلك فحرمته وفساده غير ظاهرين، لصدق البيع عرفاً وشرعاً وعدمِ شمول الدليل المتقدّم مثلَ ذلك. وقد تقدّم وجهه في المجلّد الأوّل [٣].

(*) **الوجه فيه:** أنّ البيع عرفاً هو مبادلة مال بمال.

لا يصحّ البيع على ما لا ماليّة له لقلّته والإشكال فيه

(**) **قد تقدّم الإشكال في ذلك** [٤] وأنّ الأصحّ صحّة بيعه إذا صدر عن عاقل جدّاً.

الثاني: تعيين مقدار العوضين

(***) **قال السيّد الماجد** ﷺ: أجمع علماؤنا على أنّ العلم شرط في العوضين كما في التذكرة. وفي الغنية: أنّ العقد على المجهول باطل بلاخلاف. وفي الخلاف: أنّ ما يباع كيلاً لا يصحّ بيعه جزافاً وإن شوهد إجماعاً. وفي التذكرة: ذهب علماؤنا إلى أنّه لايصحّ بيع المكيل والموزون جزافاً. وحكم المعدود حكم المكيل والموزون. وفي ↰

---

(١) من قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٢١ ـ ٢٢.

(٢) في ص ٢٣ من المجلّد الأوّل من الكتاب.

(٣) في ص ٢٣.

(٤) في ص ٣٦٩.

موضع منها:لافرق بين الثمن والمثمن في الجزاف في الفسادعندنا. وفي مجمع البرهان والكفاية والمفاتيح: أنّه المشهور. وزاد في المسالك أنّ عليه الفتوى. وفي موضع من المختلف. أنّه الأشهر. وفي موضع آخر منه:لاخلاف بيننا أنّ الثمن إذا كان مجهولاً بطل البيع إلّا من ابن الجنيد. وفي موضع من التذكرة: بيع الصبرة باطل إذا جهلاها وقت العقد، ذهب إليه علماؤنا أجمع إلّا ابن الجنيد. وعن الشيخ‌رحمه‌الله في إجارة المبسوط أنّه إذا باع شيئاً بثمن جزافاً جاز إذا كان معلوماً مشاهداً وإن لم يعلم وزنه، وكذا مال السلم. وفي موضع من المختلف: في ثمن السلم إذا كان ممّا يكال أو يوزن عن الناصريّة أنّه ما أعرف لأصحابنا إلى الآن نصّاً في ذلك إلّا أنّه يقوى في النفس أنّ رأس المال إذا كان مضبوطاً بالمعاينة لم يفتقر إلى ذكر صفاته ومبلغ وزنه وعدده. وقال الأردبيليّ: إنّ اعتبارهمافيهماوإن كان مشهوراً إلّا أنّه ما رأيت لهدليلاً صالحاً.وقال الفاضل الخراسانيّ في الكفاية: الحكم على وجه العموم مع أدلّة الجواز مشكل. وصاحب الحدائق‌رحمه‌الله قد أطال الكلام في ذلك وتبعهما في ذلك[١]. انتهى مع التلخيص والتصرّف والإسقاط.

وما يدلّ على المشهور في الجملة اُمور:

الأوّل: ما اشتهر نقله عنه‌صلى‌الله‌عليه‌وآله من أنّه «نهى عن بيع الغرر»: ففي الخلاف في مسألة عدم جواز بيع المكيل جزافاً: دليلنا ماروي عن النبيّ‌صلى‌الله‌عليه‌وآله أنّه «نهى عن بيع الغرر»[٢].

وفي المكاسب عن التذكرة: أنّه استدلّ على اشتراط القدرة على التسليم بأنّه «نهى النبيّ‌صلى‌الله‌عليه‌وآله عن بيع الغرر»، قال: واشتهار الخبر بين الخاصّة والعامّة يجبر إرساله[٣].

وقال‌رحمه‌الله في الجواهر: قد يستدلّ على اشتراط القدرة على التسليم بحديث النهي عن بيع الغرر المشهور المعتبر المتلقّىٰ بالقبول،بل قيل: إنّه قد أجمع عليه المؤالف والمخالف القائل بحجّيّة الخبر الواحد وغيره، بل رُدّ به كثير من الأخبار المسندة المرويّة من طرق الأصحاب[٤].

(١) مفتاح الكرامة: ج ١٣ ص ٢١ ـ ٢٤.

(٢) الخلاف: ج ٣ ص ٥٥، المسألة ٨٠.

(٣) المكاسب: ج ٤ ص ١٧٥ ـ ١٧٦.

(٤) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٦٢١.

ورویٰ﴿﴾ عن الدعائم: روينا عن جعفر بن محمّد عن أبيه عن آبائه﴿﴾: «أنّ رسول الله﴿﴾ نهى عن بيع الغرر. وهو كلّ بيع يعقد على شيء مجهول عند المتبايعين أو أحدهما»[١].

وقال﴿﴾ في المكاسب: والمرويّ عن أمير المؤمنين﴿﴾ «أنّه عمل ما لا يؤمن معه من الضرر»[٢].

ورواه في الجواهر عن ابن أبي المكارم الفقهيّ عنه﴿﴾[٣].

وفي الوسائل عن معاني الأخبار عنه﴿﴾ «أنّه نهى عن المنابذة والملامسة وبيع الحصاة ـ إلى أن قال: ـ لأنّها غرر كلّها»[٤].

وفي المكاسب أيضاً عن الانتصار في مسألة بيع الآبق مع الضميمة أنّ جوازه ممّا انفردت به الإماميّة، وخالف باقي الفقهاء في ذلك وذهبوا إلى أنّه لا يجوز بيع الآبق على كلّ حال ـ إلى أن قال: ـ ويعوِّل مخالفونا في منع بيعه على أنّه بيع غرر وأنّ نبيّنا﴿﴾ نهى عن بيع الغرر ـ إلى أن قال: ـ وهذا ليس بصحيح، لأنّ هذا البيع يخرجه عن أن يكون غرراً انضمام غيره إليه[٥]. هذا.

ويمكن أن يمنع دلالته على المطلوب، من جهة أنّ مقتضى ظاهر بعض كلمات أهل اللغة والفقهاء: دخالة عنوان الخدعة في مفهومه: فعن الصحاح: اغترّ بالشيء أي خدع به. وعن القاموس: غرّه: خدعه وأطمعه بالباطل. وعن النهاية بعد تفسير الغِرّة بالكسر بالغفلة: إنّه «نهى عن بيع الغرر» وهو ما كان له ظاهر يغرّ المشتري وباطن مجهول[٦].

وحينئذٍ فمقتضاه النهي عن البيع المشتمل على الغرور والخدعة، فلا يجوز تغرير المشتري والإضرار به، فهو إمّا حرام فقط أو باطل أو لا يكون لازماً فيجوز للمشتري بعد ظهور الغبن والاطّلاع على حصول الخدعة أن يفسخ المعاملة كما هو المعروف

(١) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٦٢٤.
(٢) المكاسب: ج ٤ ص ١٧٦.
(٣) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٦٢٣.
(٤) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٥٨ ح ١٣ من ب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه.
(٥) المكاسب: ج ٤ ص ١٧٩.
(٦) راجع المكاسب: ج ٤ ص ١٧٦ ـ ١٧٧.

﴿بينهم. وأمّا البيع الواقع على المجهول مقداره مع توجّه الطرفين على ذلك وإقدامهما عليه فهو غير مشمول للنهي المتعلّق بالبيع الغرريّ.

والجواب عن ذلك أنّ استدلالَ الفريقين من العامّة والخاصّة به على اشتراط القدرة على التسليم في صحّة البيع كما يظهر ممّا حكاه في المكاسب[١] عن الانتصار وجعله الأصل لاشتراط العلم بالثمن والمثمن على مانصّ عليه في المكاسب. والنقلَ عن أميرالمؤمنين عليه السلام «أنّه عمل ما لايؤمن معه من الضرر»[٢] وما تقدّم نقله[٣] من «أنّه كلّ بيع يعقد على شيء مجهول عند المتبايعين أو أحدهما» وتفسيرَ غير واحد من أهل اللغة «الغرر» بالخطر والتمثيلَ له ببيع السمك في الماء والطير في الهواء يوجب القطع بأنّ المراد به مطلق المعاملة المبنيّة على الخطر من جهة الجهل بحصوله في اليد أو من جهة الجهل بمقدار ماليّته وأنّ التفسير بالمتضمّن للخديعة من جهة كونه أحد المصاديق، أو إطلاق الغرر على الخطر والعمل الموجب للوقوع فيه من باب أنّه فعل الغافل الغارّ. ويؤيّد ذلك أنّ حرمة الخدعة والغرور لاتنحصر بالبيع؛ مع أنّ عدم بطلان البيع المشتمل على الخدعة والغرور مسلّم عندهم.

فالظاهر أنّ دلالته على المدّعىٰ كسنده لا تخلو عن قوّة. إلّا أنّه لايدلّ على المدّعى على وجه الإطلاق. فإنّه لو فرض رفع الغرر بغير التقدير: كما لو باع مقداراً من الطعام بما يقابله في الميزان من جنسه أو غيره المتساوي له في القيمة. وكما لو جعل الخيار لكلّ من تضرّر بذلك. وكذلك لو كان البائع عالماً بالمقدار وكان المشتري عالماً بوجود مقدار في المبيع يساوي الثمن. فإنّه لاغرر في جميع ذلك فلا يدلّ الحديث على النهي عنه.

ثمّ إنّه في مورد صدق الغرر فالحكم بالبطلان وعدم تأثير بيع المجهول من حيث المقدار واضح مادام لم يحصل العلم به؛ فإذا حصل العلم وعلم بمقدار الثمن والمثمن وعدم كونه ضرراً على أحدهما فالحكم بالبطلان خصوصاً على فرض وجود طيب﴾

---

(١) ج ٤ ص ١٧٩.
(٢) المكاسب: ج ٤ ص ١٧٦.
(٣) في ص ٣٧٥.

◄النفس منهما على ذلك مستنداً إلى دلالة الحديث غير واضح.

وكذا صدقه على ما إذا كان الضرر المحتمل مرغوباً إليه على تقدير القطع به، كما لو كان المقصود به المحاباة بالنسبة إلى المشتري كأن يكون المشتري ابنه أو زوجته أو غيرهما ممّا يعني أمره أيضاً مشكل جدّاً.

الثاني: حسن الحلبيّ ـ على ما في مفتاح الكرامة[1] ـ عن الصادق عليه‌السلام قال: «ما كان من طعام سمّيت فيه كيلاً فإنّه لا يصلح مجازفةً، هذا ممّا يكره من بيع الطعام»[2]. وله طرق صحاح كما يظهر من مفتاح الكرامة[3] والوسائل[4]، فلا إشكال فيه من حيث السند.

وتقريب الاستدلال بذلك أن يقال: إنّ الظاهر من قوله عليه‌السلام: «ما كان من طعام سمّيت فيه كيلاً» هو اتّصاف الطعام بذلك بحسب النوع أي كلّ طعام يكال ويقدّر بالكيل فلا يصلح بيعه بدون التقدير به، وإنّ الظاهر من قوله عليه‌السلام: «لا يصلح» عدم الصحّة لا الكراهة، وإنّ قوله: «هذا ممّا يكره من بيع الطعام» ليس ظاهراً في الكراهة المصطلحة بين الفقهاء حتّى تكون في قبال الحرمة، بل الظاهر منه عرفاً هو الحرمة ولو من باب كونه وارداً في مقام الزجر، إذ لا فرق بينها وبين ضدّها وهو الإرادة بحسب اللغة والعرف. كيف؟! وقد قال الله سبحانه: ﴿كُلُّ ذَٰلِكَ كَانَ سَيِّئُهُ عِندَ رَبِّكَ مَكْرُوهًا﴾[5] وأكثر المذكورات قبلها من أكبر المحرّمات، كقتل النفس الّتي حرّم الله تعالى، وقتلِ الأولاد خشية إملاق والتصرّفِ في مال اليتيم ظلماً وعلى النحو الّذي لا يكون أحسن.

وإن أبيت عن هذا التقريب من جهة منع ظهور قوله عليه‌السلام: «ما كان من طعام سمّيت فيه كيلاً» في ما ذكر يمكن أن يقال في تقريبه: إنّ القول المذكور مطلق من حيث شموله للتسمية النوعيّة والشخصيّة، فكلّ ما سمّيت فيه نوعاً كيلاً لا يصلح بيعه مجازفةً وكلّ ما سمّيت فيه شخصاً في المعاملة الخاصّة كيلاً لا يصلح بيعه مجازفةً، فلا يصلح بيع الزرع قائماً إذا سمّي فيه كيل خاصّ مجازفةً، بل لابدّ من بيعه بنحو الكلّيّ في المعيّن مثلاً.►

(١ و٣) ج ١٣ ص ٢٤.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٤٢ ح ٢ من ب ٤ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٤) ج ١٧ ص ٣٤٢.

(٥) سورة الإسراء: ٣٨.

وحينئذٍ يقوى دلالته على المطلوب، لأنّ المقدّمتين الأخيرتين الدخيلتين في الاستدلال من ظهور «لا يصلح» في الفساد وعدمِ ظهور «ما يكره» في الكراهة المصطلحة واضحتان.

هذا غاية تقريب الصحيح على المطلوب.

ولكن يناقش فيه بأُمور:

منها: أنّ المنقول عن الحلبيّ عنه عليه السلام في الصحيح مشتمل على صدر ربما يخلّ بظهور الذيل في المطلوب، فعنه عليه السلام أنّه قال في رجل اشترى من رجل طعاماً عدلاً بكيل معلوم وأنّ صاحبه قال للمشتري: ابتع منّي هذا العدل الآخر بغير كيل، فإنّ فيه مثل ما في الآخر الّذي ابتعت. قال: «لا يصلح إلّا بكيل» وقال: «وما كان من طعام سمّيت فيه كيلاً فإنّه لا يصلح مجازفةً، هذا ممّا يكره من بيع الطعام»[١].

فإنّ المفروض في الصدر تسميةُ كيل خاصّ في الطعام والاكتفاءُ بحدس البائع وتخمينه بحسب ما يشاهد من العدل الآخر المساوي لما كيل بحسب ما شاهد. وهذا ممّا يصلح لأن يكون قرينة على الذيل وكون المراد منه أنّ البائع إذا سمّى كيلاً خاصّاً فلا يبعه مجازفةً، ولا يكتفى في مقام البيع بصِرف الحدس والتخمين.

ومنها: منع ظهور قوله عليه السلام: «سمّيت فيه كيلاً» في خصوص التسمية بحسب النوع. والإطلاق الّذي هو مبنى التقريب الثاني متفرّع على وجود الجامع بين المفادين مع أنّ استعماله في التسمية بحسب النوع مبنيّ على إلقاء خصوصيّة ضمير المخاطب وأنّه ليس المقصود من قوله: «سمّيت» خصوص البائع أو المشتري بل نوع العقلاء في مقام التقدير. واستعماله فيها بحسب الشخص مبنيّ على عدم إلقائها. ولا يمكن إلقاء الخصوصيّة وعدمه في استعمال واحد.

ومنها: أنّ الظاهر من ضمير المخاطب هو اعتبار الخصوصيّة.

ومنها: أنّه لو كان المقصود من الجملة المذكورة مطلق المكيل لا وجه للإتيان بلفظ الكيل بوصف التنكير الدالّ على الكيل الخاصّ المناسب لأن يكون ملاكاً لمراعاة

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٤٢ ح ٢ من ب ٤ من أبواب عقد البيع وشروطه.

الكيل المخصوص في المعاملة الخاصّة.

ومنها: ما أشار إليه الشيخ المحقّق الأنصاريّ ﷺ من أنّه لامعنى لتنويع الطعام بالمكيل وغيره، إذ ما يكون من طعام إلّا وهو مكيل أو موزون إلّا الزرع القائم[١].

إن قلت: المعنى الّذي رجّح حمل الخبر عليه ممّا أعرض عنه المشهور، فإنّ مقتضاه: عدم العبرة بإخبار البائع بالكيل والوزن، فحينئذٍ لابدّ من حمل الجملة المذكورة على بيان أنّ ما يسمّى فيه كيلاً بالنوع فلا يصلح بيعه مجازفةً، فيدلّ على المطلوب بضميمة كون المعنى الظاهر خلاف ما استقرّ عليه رأي المشهور.

قلت: المنساق من الصحيح ـ وهو الأعلم ـ أنّ البائع لايكون عالماً بالكيل أيضاً وإنّما إخباره بذلك من جهة ما يشاهد من تشابه العدل غير المكيل للمكيل، وهذه الجهة مشتركة بين البائع والمشتري، فقوله: «فإنّ فيه مثل ما في الآخر» مبنيّ على التسامح والحدس.

أو يكون محمولاً على أنّ كون العدل غير المكيل مشتملاً على مقدار المكيل مسلّم لكن يحتمل اشتماله على الزائد فيكون مورداً للإشكال بالنسبة إلى المشتري من حيث أخذه الزائد على المقدار الّذي سمّي في المعاملة.

ويمكن أن يحمل بحسب ملاحظة العادة والعرف على أنّ المبيع هو الكلّيّ لاشخص العدل المشاهد، وإعطاء العدل من باب الوفاء فلابدّ للبائع من الدقّة والعلم بالإيفاء ولايكفي فيه الحدس والتخمين، ولايجوز للمشتري أخذ الزائد من باب الحدس أو التسامح بدون التمليك والتملّك بالنسبة إلى مقدار التفاوت.

وعلى فرض حمله على ما أُشير إليه من صورة إخبار البائع بذلك **فلعلّ حملَ** «لايصلح» و«يكره» على كونه في مقام الإرشاد إلى المعاملة اللازمة والحذر عن الّذي قديوجب التخلّف وينجرّ إلى ادّعاء الخيار والنزاع بين البائع والمشتري **أرجحُ** من حمله على ما ذكر، من جهة استلزامه خلاف الظاهر لجهات قد تقدّم الإيماء إليها.

(١) راجع المكاسب: ج ٤ ص ٢١١.

الثالث: موثّق سماعة، قال: سألته عن شراء الطعام وما يكال ويوزن هل يصلح شراؤه بغير كيل ولا وزن؟ فقال: «أمّا أن تأتي رجلاً في طعام قد كيل ووُزن تشتري منه مرابحةً فلا بأس إن اشتريته منه ولم تكله ولم تزنه إذا كان المشتري الأوّل قد أخذ بكيل أو وزن وقلت له عند البيع: أربحك كذا وكذا وقد رضيت بكيلك ووزنك فلا بأس»[1].

فإنّ مقتضى مفهومه: عدم جواز البيع مجازفةً إذا لم يكن على كيل المشتري الأوّل أو وزنه.

وقال في المكاسب: ودلالته أوضح من الأوّل[2].

لكنّ الظاهر منه جواز الاشتراء في صورة اشتراء الأوّل بالكيل أو الوزن بدون الإخبار بالكيل أو الوزن، لإطلاق قوله: «فلا بأس إن اشتريته منه ولم تكله ولم تزنه...»، والظاهر منه أنّ ذلك من باب كون البيع بعنوان المرابحة، ولعلّ المقصود جواز الاشتراء من المشتري الّذي كال أو وزن بنفسه في اشترائه إذا كان مرابحةً ورضي البائع بكيله أو وزنه.

والسرّ في ذلك تحقّق الثقة والاطمينان بعدم إيقاعه في الغرر وإلّا لم يشتر منه مرابحةً.

والحاصل: أنّه يمكن أن يكون المستفاد من الخبر جواز البيع مجازفةً إذا كان البائع مورداً للاطمينان وكان الوثوق حاصلاً بعدم إيقاعه في الغرر؛ فحينئذٍ وإن كان الخبر دالّاً على المقصود في الجملة لكنّه لا يستفاد منه اشتراط العلم بمقدار المبيع في ما تطمئنّ النفس بعدم الغرر، بل يستفاد منه عدم اشتراطه في الصورة المذكورة.

الرابع: موثّق محمّد بن حمران، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: اشترينا طعاماً فزعم صاحبه أنّه كاله فصدّقناه وأخذناه بكيله. فقال: «لا بأس» فقلت أيجوز أن أبيعه كما اشتريته بغير كيل؟ قال: «لا، أمّا أنت فلا تبعه حتّى تكيله»[3].

الخامس: خبر عبدالرحمان عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يشتري الطعام أشتريه

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٤٥ ح ٧ من ب ٥ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٢) المكاسب: ج ٤ ص ٢١٢.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٤٥ ح ٤ من ب ٥ من أبواب عقد البيع وشروطه.

منه بكيله وأُصدّقه، فقال: «لا بأس، ولكن لا تبعه حتّى تكيله»(١).

السادس: خبر أبي العطارد الّذي هوبحكم الصحيح،لنقل صفوان عن إسحاق بن عمّار عنه، وفيه: قلت: فأخرج الكرّ والكرّين فيقول الرجل: أعطنيه بكيلك، قال: «إذا ائتمنك فلا بأس»(٢).

السابع: موثّق عبدالكريم بن عمرو، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: أشتري الطعام فأكتاله ومعي من قد شهد الكيل، وإنّما أكيله لنفسي فيقول: بعنيه فأبيعه إيّاه على ذلك الكيل الّذي اكتلته، قال: «لا بأس»(٣).

فإنّ المستفادمنه مفروغيّة لزوم الكيل. والسؤال إنّما هوعن كفاية اكتيال أحد المتبايعين للآخر إذا شهد.

الثامن: مرسل ابن بكير عن رجل من أصحابنا قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري الجصّ فيكيل بعضه ويأخذ البقيّة بغير كيل، فقال: «إمّا أن يأخذ كلّه بتصديقه، وإمّا أن يكيله كلّه»(٤).

التاسع: خبر عبد الملك بن عمرو، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: أشتري مائة راوية من زيت فأعترض راوية أو اثنتين فأتّزنهما ثمّ آخذ سائره على قدر ذلك، قال: «لا بأس»(٥).

وتقريب **الاستدلال** به قريب ممّا تقدّم، فإنّ المستفاد منه مفروغيّة لزوم الاتّزان في الجملة، وإنّما الإشكال في نظر السائل أنّه هل يكفي اتّزان البعض وقياس الباقي به أم لا؟

والاعتراض عليه بأنّ الظاهر منه وقوع البيع على مائة راوية مع عدم العلم بوزنه وأنّ الاتّزان وقع بعد الاشتراء مدفوعٌ بأنّ الاشتراء بالصيغة بعيدٌ عن طريق العرف جدّاً،

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٤٦ ح ٨ من ب ٥ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٤٥ ح ٦ من ب ٥ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٤٤ ح ٢ من ب ٥ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٤٤ ح ٣ من ب ٥ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٤٣ ح ١ من ب ٥ من أبواب عقد البيع وشروطه.

وحينئذٍ يقوى أن يكون قوله «فأعترض راوية...» بيان للاشتراء المذكور في الصدر بنحو الإجمال، فترتّب الكلام الثاني على الأوّل من باب ترتّب التفصيل على الإجمال في مقام البيان.

ومثله بل أوضح دلالةً على المطلوب هو العاشر.

العاشر: هو صحيح ابن مسكان عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه سئل عن الجوز لا نستطيع أن نعدّه فيكال بمكيال ثمّ يعدّ ما فيه، ثمّ يكال ما بقي على حساب ذلك العدد، قال: «لابأس به»(١).

لكن لايخفى أنّ المستفاد منهما عدمُ لزوم المداقّة وكفايةُ التقريب، بل عدم البأس ولو مع القطع بأحد الأمرين من الزيادة والنقيصة كما هو الغالب في موردي الخبرين.

الحادي عشر: صحيح الحلبيّ ـ بل هو صحيح بطريق الصدوق رحمه الله فراجع الباب السادس والعشرين من أبواب عقد البيع وشروطه من الوسائل ـ أو حسنه بإبراهيم عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «لا يصلح للرجل أن يبيع بصاع غير صاع المصر»(٢).

الثاني عشر: ماورد من الأمر بذوق ما يذاق عند الاشتراء والنهي عن شراء ما لم يره، فراجع الباب الخامس والعشرين من أبواب عقد البيع وشروطه من الوسائل(٣).

الثالث عشر: خبر حمّاد عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «يكره أن يشتري الثوب بدينار غير درهم، لأنّه لايدري كم الدينار من الدرهم»(٤).

الرابع عشر: حسن عبدالله بن سنان أو صحيحه، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يسلم في غير زرع ولا نخل، فقال: «يسمّي كيلاً معلوماً إلى أجل معلوم...»(٥).

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٤٨، الباب ٧ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٧٧ ح ١ من ب ٢٦ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٣) ج ١٧ ص ٣٧٥.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٨٠ ح ١ من ب ٢٣ من أبواب أحكام العقود.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٨٨ ح ١ من ب ٣ من أبواب السلف.

وربما يستفاد اشتراط التقدير في السلم من غيره ممّا ذكر في الباب المشار إليه في التذييل فراجع وتأمّل.

الخامس عشر: مادلّ على النهي عن بيع الطعام المبتاع من غير كيل: كصحيح الحلبيّ عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه قال في الرجل يشتري الطعام ثمّ يبيعه قبل أن يكال، قال: «لا يصلح له ذلك»[1].

وغيره من الأخبار المذكورة في باب جواز بيع المبيع قبل قبضه... من كتاب الوسائل[2]. هذا.

الإشكال على دلالة الأدلّة على لزوم التعيين مطلقاً

ولكن يمكن منع دلالة حديث الغرر على بطلان بيع المجهول من حيث المقدار، لأنّه إن كان في البين غبن يجبر بالخيار، وإن لم يكن غبن فلا ضرر ولاغرر في البين. ولو بني على أنّ احتمال الوقوع في الغبن موجب للبطلان لكان اللازم هو الحكم ببطلان البيع المحتمل كونه موجباً للوقوع في الغبن، وهو باطل بالضرورة.

مع أنّ ما ذكر من وجوب العلم بالمقدار مستنداً إلى ما ذكر من الأدلّة موهونٌ بأُمور:

منها: الحكم بجواز بيع الغبن من غير كيل: ففي خبر صفوان عن عيص قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل له نعم يبيع ألبانها بغير كيل، قال: «نعم حتّى تنقطع أو شيء منها»[3].

ومنها: مادلّ على جواز بيع ما في بطون الأنعام مع الضميمة: مثل ماروى ابن محبوب عن الكرخيّ، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ما تقول في رجل اشترى من رجل أصوافَ مائة نعجة وما في بطونها من حمل بكذا وكذا درهماً؟ قال: «لا بأس بذلك إن لم يكن

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٦٦ ح ٥ من ب ١٦ من أبواب أحكام العقود.

(٢) ج ١٨ ص ٦٥، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٤٨ ح ١ من ب ٨ من أبواب عقد البيع وشروطه.

في بطونها حمل كان رأس ماله في الصوف»[١].

فإنّه في مورد الرواية ـ مضافاً إلى عدم معلوميّة وجود الحمل وتولّده في الخارج صحيحاً ـ لايكون وزن «الأصواف» معلوماً. ورفعُ الجهالة فيه بالمشاهدة ممنوعٌ جدّاً. وإن فرض رفعهابالمشاهدةلمن هوخبرةفي ذلك فلاريب في رفعها لهإذا كانت الأصواف في عدل مشاهد.

ومنها: مادلّ على جواز بيع العبد الآبق مع الضميمة: كخبر سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يشتري العبد وهو آبق عن أهله،قال:«لا يصلح إلّا أن يشتري معه شيئاً آخر، ويقول: أشتري منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا، فإن لم يقدر على العبد كان الّذي نقده في‌ما اشترى منه»[٢].

ومنها:مادلّ على جوازبيع الأجمةالّتي ليس فيهاقصب بشيءمن السمك[٣]. ومقتضى إطلاقه: كفاية وجود السمك في المبيع ولو كان مجهولاً من حيث العدد والوزن.

ومنها: مادلّ على جواز شراء جزية رؤوس الرجال وخراج النخل والآجام والطير إذا علم من ذلك شيئاً واحداً قد أدرك[٤].

ومنها: مادلّ على جواز شراءسهام القصّابين قبل أن يخرج السهم ولكن مع الخيار[٥].

ومنها: مادلّ على جواز بيع الجارية بحكم المشتري: كما في صحيح النخّاس، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ساومت رجلاً بجارية فباعنيها بحكمي، فقبضتها منه على ذلك، ثمّ بعثت إليه بألف درهم، فقلت: هذه ألف درهم حكمي عليك أن تقبلها، فأبى أن يقبلها منّي، وقد كنت مسستها قبل أن أبعث إليه بالثمن، فقال: «أرى أن تقوّم الجارية قيمةً

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٥١ ح ١ من ب ١٠ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٥٣ ح ٢ من ب ١١ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٥٤ ح ٢ من ب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٥٥ ح ٤ من ب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٥٦ ح ٩ من ب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه.

↵ عادلةً، فإن كان قيمتها أكثر ممّا بعثت إليه كان عليك أن تردّ عليه ما نقص من القيمة، وإن كان ثمنها أقلّ ممّا بعثت إليه فهو له».

قلت: جعلت فداك إن وجدت بها عيباً بعد ما مسستها؟ قال: «ليس لك أن تردّها ولك أن تأخذ قيمة ما بين الصحّة والعيب منه»(١).

وهو الّذي استدلّ به في الحدائق(٢) على جواز الجهل بالثمن مطلقاً أو إذا كان الثمن معلوماً بالعنوان المذكور في الخبر.

وقد ردّه ﷺ في الجواهر لوجوه:

منها: عدم الحكم فيه بصحّة البيع على نحو ما وقع بينهما، بل بثمن المثل الّذي لم يكن مقصوداً لهما(٣).

وفيه: أنّ الظاهر هو البيع بثمن المثل وجعل نظر المشتري طريقاً إلى ذلك من جهة الوثوق به وبتشخيصه.

ومنها: مهجوريّته بين الطائفة(٤).

وفيه: أنّ ذلك ليس من باب طرح الخبر، بل لعلّه من باب توجيهه في مقام الجمع مع ما تقدّم من الأخبار بعد إلقاء خصوصيّة المورد في كلّ من الطرفين.

ومنها: أنّه يحتمل أن يكون قضيّة في واقعة(٥).

ومنها: أنّه موافق للعامّة(٦).

ومنها: حمله على التوكيل في البيع(٧).

وفي كلّ ذلك ما لايخفى من خلاف الظاهر، خصوصاً الأخير، فإنّه لو كان البيع الواقع على طبق الوكالة فلا وجه لأداء الزائد، وإن لم يكن من جهة انصرافه إلى ما هو مصلحة للموكّل فاللازم هو الحكم ببطلان البيع على تقدير نقصانه عن العادلة، لا تتميم نقصانه بردّ ما نقص عنها. ↖

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٦٤، الباب ١٨ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٢) راجع الحدائق: ج ١٨ ص ٤٦٠ وما بعدها.

(٣ و٤ و٥ و٦ و٧) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٦٦٢.

ومنها: احتمال أن يكون مورده صورة تلف الجارية[١].

ومنها: احتمال أن يكون المقصود هو الشراء الجديد بثمن المثل[٢].

ولايخفى أنّ الأخير مخالف لصريح الذيل الحاكم بعدم جواز الردّ بالعيب المشاهد حين المسّ المفروض كونه قبل أداء الثمن الّذي جعله للمبيع بحكمه.

ومن الموهنات لما استند إليه المشهور التعليل في بعض الروايات المتقدّمة الوارد في جواز بيع ما في بطون النعاج بضمّ الأصواف بأنّه إن لم يكن في بطونها حملٌ كان رأس ماله في الصوف؛ وكذا الوارد في جواز بيع العبد الآبق مع الضميمة بأنّه إن لم يقدر على العبد كان الّذي نقده فيما اشترى منه؛ والوارد في جواز بيع اللبن في الضرع بضمّ المحلوب في السُكْرُجَة بأنّه «إن لم يكن في الضرع شيء كان ما في السُكْرُجَة»[٣].

وقد تقدّم الأوّلان[٤].

وأمّا الثالث فقد رواه في الوسائل[٥]، فإنّ الظاهر من التعليل المشار إليه أنّ الملاك في صحّة البيع من ناحية الغرر وجود بدل لما يعطي حتّى لايكون المعاملة موجبةً للوقوع في الضرر بحيث لا يحصل له في قبال ما يعطيه شيء.

ومنها: ما دلّ على جواز الإندار للظروف: كخبر عليّ بن أبي حمزة، قال: سمعت معمّر الزيّات يسأل أبا عبدالله عليه السلام فقال: جعلت فداك إنّي رجل أبيع الزيت ـ إلى أن قال: ـ قلت: فإنّه يطرح لظروف السمن والزيت لكلّ ظرف كذا وكذا رطلاً فربما زاد وربما نقص؟ فقال: «إذا كان ذلك عن تراضٍ منكم فلا بأس»[٦].

ولا يخفى أنّ الذيل لا يخلو عن إشعار أو ظهور في التعليل، فإنّ الشرطيّة المذكورة ليست للاحتراز بعد وضوح تحقّقه وأنّ السؤال عن جواز ذلك في المعاملة الصادرة من الطرفين بالاختيار وطيب النفس فلابدّ أن يكون المقصود منها بيان العلّة والملاك وأنّه

---

(١) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٦٦٢.
(٢) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٦٦٣.
(٣ و ٥) ج ١٧ ص ٣٤٩ ح ٢ من ب ٨ من أبواب عقد البيع وشروطه.
(٤) في ص ٣٨٣ ـ ٣٨٤.
(٦) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٦٦ ح ١ من ب ٢٠ من أبواب عقد البيع وشروطه.

↲ لا إشكال في ذلك بعد حصول التراضي منكم.

ومنها: خبر الحلبيّ عن أبي عبداللهعليه السلام، قال: «لا يحلّ للرجل أن يبيع بصاع سوى صاع المصر». قلت:فإنّ الرجل يستأجر للكيل الكيّال فيكيل لهبمدّ بيتهلعلّه يكون أصغر من مدّ السوق، ولو قال هذا أصغر من مدّ السوق لم يأخذ به ولكنّه يحمله ذلك ويجعله في أمانته؟ فقال: «لا يصلح إلّا مدّ واحد والأُمناء بهذه المنزلة»(١).

وفي الوسائل عن الكافي بعد قوله «سوى صاع المصر»: «فإنّ الرجل يستأجر الحمّال...»(٢).

فعلى ما في الوافي يكون التعليل بما ذكر في كلام السائل. وهو يشعر بأنّ المانع في ارتكازه عدم الرضا بالمدّ الّذي يكون غير مدّ المصر لا المجهوليّة. والإمامعليه السلام قرّره على ذلك.

وأمّا على ما في الوسائل فالأمر أوضح، لأنّ التعليل واقع في كلامهعليه السلام.

ومنها: خبر عليّ بن عطيّة، قال: سألت أبا عبداللهعليه السلام فقلت: إنّا نشتري الطعام من السفن ثمّ نكيله فيزيد، قال: فقال لي: «وربما نقص عليكم؟» قلت: نعم، قال: «فإذا نقص يردّون عليكم؟» قلت: لا، قال: «لا بأس»(٣).

وحمله على كون السفن بنفسها مكاييل معيّنة ينافي قوله: «ثمّ نكيله فيزيد»، فإنّ الظاهر منهأنّهاشترى مشاهدة على أنّه مشتمل على كيل خاصّ بنحو الحدس والتخمين الّذي لا يزيد ولا ينقص إلّا بمقدار يتسامحون فيه، وليس المفروض فيه إخبار البائع بالكيل المعيّن حتّى يكون ذلك ملاكاً لرفع الجهالة. فالظاهر أنّ مورده بيع المجهول بما يتسامح فيه إذ يكون المعاملة عقلائيّة ولكن لايكون المبيع معلوماً عند العرف، فهو ↰

(١) الوافي: ج ١٧ ص ٤٨٢ ح ٢ من ب ٧٥ من أبواب أحكام التجارة وشروط البيع.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٧٧ ح ٢ من ب ٢٦ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٣) الوافي: ج ١٧ ص ٤٧٧ ح ١ من ب ٧٤ من أبواب أحكام التجارة وشروط البيع. وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٨٧ ح ٢ من ب ٢٧ من أبواب أحكام العقود.

↲ نظير بيع الثمار على الأشجار بالحدس والتخمين والتسامح في الزيادة والنقصان.

والظاهر اعتبار السند، لأنّه إن كان هو الحنّاط الكوفيّ كما ربما يؤيّده المتن فهو ثقة بتصريح النجاشيّ، وإن كان غيره فهو بحكم الصحيح، لنقل ابن أبي عمير.

ومنها: ماورد في جواز بيع الشيء المبتاع بدون الكيل والوزن إذا كان البيع على وجه التولية، أو إذا اكتاله بعد البيع الثاني مع شهادة وكيل المشتري الثاني، أو إذا وكّل المشتري الثاني بقبضه وكيله.

فيدلّ على الأوّل خبر معاوية بن وهب، قال: سألت أبا عبدالله‌عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه، فقال: «ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتّىٰ تكيله أو تزنه إلّا أن تولّيه الّذي قام عليه»[1].

ويوضحه خبر عليّ بن جعفر، سأل عن أخيه‌عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام أيصلح بيعه قبل أن يقبضه؟ قال: «إذا ربح لم يصلح حتّى يقبض، وإن كان يولّيه فلا بأس»[2].

ويدلّ على الثاني خبر خالد بن حجّاج الكرخيّ، قال: قلت لأبي عبدالله‌عليه السلام: أشتري الطعام من الرجل ثمّ أبيعه من رجل آخر قبل أن أكتاله، فأقول: ابعث وكيلك حتّى يشهد كيله إذا قبضته، قال: «لا بأس»[3].

ويدلّ على الثالث خبرجميل‌بن‌درّاج عنه‌عليه السلام في الرجل يشتري الطعام ثمّ يبيعه قبل أن يقبضه، قال:«لا بأس»، ويوكّل الرجل المشتري منه بقبضه وكيله، قال: «لابأس»[4].

نقله في الوسائل عن الكافي، وليس في السند من يتأمّل فيه إلّا عليّ بن حديد، وهو غير معلوم الضعف، بل نقل بعض ما يدلّ على الاعتماد عليه، فراجع هامش جامع الرواة للمتدرّب في الفنّ الفقيه النبيه البروجرديّ‌قدس سره. ↰

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٦٨ ح ١١ من ب ١٦ من أبواب أحكام العقود.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٦٧ ح ٩ من ب ١٦ من أبواب أحكام العقود.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٦٥ ح ٣ من ب ١٦ من أبواب أحكام العقود.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٦٦ ح ٦ من ب ١٦ من أبواب أحكام العقود.

↙ مضافاً إلى اُمور في خصوص الخبر:

منها: أنّ الناقل عنه مثل أحمد بن محمّد.

ومنها: أنّ الشيخ أيضاً نقله.

ومنها: نقله الصدوق في المقنع مرسلاً كما في الوسائل[١].

ثمّ لايخفى أنّ المستفاد من جميع ما ذكر من تلك الأخبار أنّه كان بيع المكيل والموزون بدون الكيل والوزن معمولاً عندهم وكان الكيل أو الوزن عند القبض والاستيفاء لا عند البيع. والمستفاد من جميع تلك الأخبار على اختلافها عدم إشكال في البيع الأوّل من جهة عدم الاكتيال.

فحينئذٍ يمكن الاستدلال على المطلوب من عدم اشتراط العلم بمقدار المثمن بما دلّ على النهي عن البيع قبل الاكتيال، فإنّ النهي عن البيع الثاني مع السكوت عن البيع الأوّل ظاهر في الصحّة، بل ربما يدلّ عليها بالمفهوم أيضاً: ففي صحيح الحلبيّ عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه قال في الرجل يبتاع الطعام ثمّ يبيعه قبل أن يكال، قال: «لا يصلح له ذلك»[٢].

فإنّ مقتضى المفهوم: صحّة البيع الثاني إذا كان بعد الاكتيال ولو كان ذلك بعد البيع الأوّل، ولازم ذلك صحّة البيع الأوّل في الفرض المزبور، فتأمّل.

وأظهر من ذلك خبر عبدالرحمان وأبي صالح عنه عليه السلام أيضاً، إذ فيه: عنه عليه السلام مثل ذلك، إلّا أنّ فيه «لا تبعه حتّى تكيله»[٣]، فتأمّل.

ومنها: ما دلّ على جواز بيع تبن البيدر قبل أن يكال الطعام:

كصحيح زرارة، قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل اشترى تبن بيدر قبل أن يداس، ↖

---

(١) ج ١٨ ص ٦٦.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٦٦ ح ٥ من ب ١٦ من أبواب أحكام العقود.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٦٨ ح ١٤ من ب ١٦ من أبواب أحكام العقود.

◄ تبن كلّ بيدر بشيء معلوم، يأخذ التبن ويبيعه قبل أن يكال الطعام، قال: «لابأس»(١).

وحسن جميل، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: اشترى رجل تبن بيدر كلّ كرّ بشيء معلوم، فيقبض التبن ويبيعه قبل أن يكال الطعام، قال: «لا بأس به»(٢).

والظاهرمنهما أنّه كان المعمول وقوع المعاملة على التبن بنسبة الطعام، فحينئذٍ يسأل عن بيعه بالعنوان المذكور بأن يشتري تبن بيدر معيّن تبن كلّ كرّ من الطعام بمقدار معيّن من الثمن قبل أن يكال الطعام؛ ولاريب أنّ المثمن والثمن كلاهما مجهولان، إذ الفرض عدم اكتيال الطعام،بل الجهالة باقية بالنسبة إلى التبن حتّى بعد اكتيال الطعام، إذ لا يعرف بذلك كيل التبن أو وزنه.

ومنها:ما استدلّ به صاحب الحدائق رحمه الله من خبرالبصريّ،قال:سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري بيعاًفيه كيل أو وزن بغيره ثمّ يأخذه على نحو ما فيه،فقال:«لابأس به»(٣).

لكنّ الإنصاف أنّ الاستدلال به ضعيف، لوجوه:

منها: عدم وضوح السند.

ومنها: احتمال أن يكون «بغيره» تصحيف «يعيّره».

ومنها: أنّه على فرض عدم التصحيف فلاريب أنّ الاستدلال به متوقّف على رجوع ضمير «بغيره» إلى الكيل أو الوزن، ومعه لا معنى لقوله بعد ذلك: «ثمّ يأخذه على نحو ما فيه»، فالأولى بناءً عليه رجوع الضمير إلى «بيعاً» ويكون المقصود أنّه ليس مجانساً حتّى يحصل فيه الربا ثمّ يأخذ من جنس المبيع على نحو ما في المبيع أي بالقياس إليه فيصحّ المعنى ولا يتوقّف على الالتزام بالتصحيف.

ومنها: ما في الوافي عن الكافي والتهذيب والفقيه عن الصفّار، قال: كتبت إلى أبي محمّد عليه السلام: رجل قال لرجل أشهد أنّ جميع الدار الّتي له في موضع كذا وكذا بحدودها ◄

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٥٩، الباب ١٣ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٢) الوافي: ج ١٧ ص ٤٩٣ ح ٥ من ب ٧٨ من أبواب أحكام التجارة وشروط البيع.

(٣) الحدائق: ج ١٨ ص ٤٦٤. وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٤٢ ح ٤ من ب ٤ من أبواب عقد البيع وشروطه.

◄ كلّها لفلان بن فلان وجميع ماله في الدار من المتاع، هل يصلح للمشتري ما في الدار من المتاع أي شيء هو؟ فوقّع عليه السلام: «يصلح له ما أحاط الشراء بجميع ذلك إن شاء الله»(١).

ولا يخفى أنّ الصدر وإن كان وارداً مورد الشهادة إلّا أنّ الذيل ظاهر في أنّ منشأ الإشكال صحّة شراء جميع ما في الدار بنحو الإجمال. وحمله على ما إذا كان المشتري عالماً بما في الدار حملٌ على الفرد النادر.

ومنها ما دلّ على جواز شراء الثمار ثلاث سنين أو أربع سنين معلّلاً بأنّه إن لم يخرج في هذه السنة خرج في القابل:

كحسن الحلبيّ بإبراهيم أو صحيحه، قال: سئل أبو عبدالله عليه السلام عن شراء النخل والكرم والثمار ثلاث سنين أو أربع سنين، فقال: «لا بأس، تقول: إن لم يخرج في هذه السنة أُخرج في قابل» ـ إلى أن قال: ـ وسئل عن الرجل يشتري الثمرة المسمّاة من أرض فتهلك ثمرة تلك الأرض كلّها، فقال: «قد اختصموا في ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فكانوا يذكرون ذلك، فلمّا رآهم لا يدعون الخصومة نهاهم عن ذلك البيع حتّى تبلغ الثمرة ولم يحرّمه، ولكن فعل ذلك من أجل خصومتهم»(٢).

ولا يخفى أنّ المستفاد منه أُمور:

منها: جواز بيع الثمرة المعدومة بعضها، فإنّ بيع ثمرة النخل ثلاث سنين أو أربع سنين بيع شيء معدوم بعضه.

ومنها: جواز بيع الثمرة قبل بدوّ صلاحها على كراهة من أجل إمكان أن ينجرّ الأمر إلى الخصومة.

ومنها: أنّ المستفاد من التعليل بأنّه «إن لم يخرج في هذه السنة أُخرج في قابل» كفاية وجود المبيع في الجملة في صحّة البيع.

ومنها: أنّ المستفاد منه بالأولويّة جواز بيع الثمرة الموجودة البالغة إلى حدّ الصلاح ◄

---

(١) الوافي: ج ١٨ ص ٦٨٢ ح ٤٣ من ب ١٠٦ من أبواب أحكام التجارة وشروط البيع.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢١٠ ح ٢ من ب ١ من أبواب بيع الثمار.

جزافاً من دون لزوم التفحّص حتّى يحصل القطع أو الظنّ بالمقدار ولا لزومِ أن يكون المبيع هو المتيقّن من الثمرة الموجودة بنحو الكلّيّ في المعيّن.

إذا عرفت ذلك فنقول: يشكل الأخذ بالدالّ من الأخبار المتقدّمة على اشتراط العلم بمقدار العوضين لوجهين:

أحدهما: أنّ الأمر يدور بين **جعل الأصل** اشتراط العلم بالمقدار واعتبار ذلك في صحّة المعاملة والالتزام بخروج بيع اللبن في الضرع عن القاعدة، وكذا الآبق مع الضميمة، وما في بطون الأنعام مع الضميمة، والصوف غير المجزوز، وما يندر للظرف، وبيع الثمار، وبيع التبن، والبيع بحكم المشتري، وبيع خراج جزية رؤوس العباد، وخراج النخل والآجام، وبيع الأجمة الخالية عن القصب إذا كان بضمّ السمك الموجود، وبيع السمك المعلوم وجوده المشكوك مقداره، **وبين حمل** «لا يصلح» أو «يكره» على الكراهة أو الإرشاد إلى المعاملة البعيدة عن توليد الخصومة أو على كون المقصود بالكيل والوزن إنّما هو في مقام القبض والاستيفاء إذا بني على أن يكون المبيع بكيل أو وزن مخصوص، ولاريب عند العرف أنّ الثاني أولى. وعلى فرض عدم الجزم بالأولويّة يرجع إلى عموم حلّ البيع والتجارة وبناء العقلاء على صحّة البيع المطابق للموازين العقلائيّة إلّا ما ردع عنه الشارع.

ثانيهما: أنّ المستفاد من الأخبار الواردة في النهي عن بيع المبتاع بغير الكيل والوزن مع كونه مكيلاً أو موزوناً والواردِ في اشتراء سفن الطعام بلاكيل وغيره صحّةُ بيع المكيل والموزون بدون الكيل والوزن حتّى في الطعام الّذي هو مورد الروايات المستدلّ بها على اشتراط العلم.

فمقتضى القاعدة لولا ما تقدّم من الإجماع المنقول والشهرة المحقّقة: عدم اشتراط العلم بمقدار الثمن والمثمن وأنّ المشروط هو العلم بحصول اليد على العوضين في الجملة.

وإن أبيت عن ذلك فلا أقلّ من الحكم بالصحّة، إذ لم يكن البيع موجباً للوقوع في الضرر قطعاً، كأن كان المبيع الطعامَ الموجود في الخارج كلّ كرّ منه بثمن معيّن أو كان

نعم، لا بأس بأن يكال جملة ممّا يعدّ* أو ممّا يوزن في أحد المكاييل ثمّ يحسب الباقي بحسابه، وهذا ليس من تقدير المعدود أو الموزون بالكيل كما لا يخفى.

↲ البيع مشروطاً بالخيار على تقدير حصول الضرر وكون المعاملة موجبة للإضرار.

(*) كما يدلّ عليه ـ مضافاً إلى أنّه ليس جزافاً فلا يشمله النهي ـ ما تقدّم(١) من صحيح ابن مسكان الوارد في الجوز وخبر عبدالملك بن عمرو المتقدّم(٢) الوارد في الزيت، فالأوّل وارد في المعدود الّذي يعدّ ثمّ يكال بحساب العدد، والثاني وارد في الموزون الّذي يوزن ثمّ يحسب بالكيل طريقاً للوزن، وحيث إنّ ذلك هو مقتضى القاعدة فلا ريب أنّه يجوز وزن المكيل أو المعدود بعد كيله وعدّه في الجملة فيكون الوزن طريقاً إلى الكيل والعدّ.

ثمّ إنّه لاريب أنّ مقتضى الخبرين اغتفار الجهل بالعدّ بما يزيد أو ينقص قليلاً، وكذا الجهل بالوزن إذا حوسب بالكيل بعد اتّزان المكيل مرّةأو مرّات،لأنّ ذلكممّا يتسامح به عند العرف،والشارع المقدّس جرى عليه ولميردع عنهبل أمضاهبماعرفت من الخبرين.

ومنه يظهر الكلام في اتّزان المكيل والمعدود، فلو عدّت مائة من الجوز ثمّ وزنت وأُعطي الباقي وزناً فلا إشكال من حيث الجهالة من حيث العدد، خصوصاً بعد معلوميّة الوزن الّذي هو الملاك حقيقةً في المطعومات.

ويجري ما ذكر في المروع أيضاً. والملاك كون أحد التقديرين صالحاً للطريقيّة إلى ما هو ملاك التقدير بنظر العرف، فإنّه معه لا يصدق الجزاف المانع عن صحّة البيع بمقتضى ما تقدّم، وليس بغرر حتّى يكون منهيّاً من حيث الغرر.

مضافاً إلى إلقاء الخصوصيّة من الخبرين بنظر العرف.

---

(١) في ص ٣٨٢.

(٢) في ص ٣٨١.

المسألة الأُولى: يجوز الاعتماد على إخبار البائع بمقدار المبيع فيشتريه مبنيّاً على ما أخبر به*.

الاعتماد على إخبار البائع

(*) المستفاد من العبارة أنّ الشرط في الجواز إذا لم يعرف المشتري كيل الطعام بنفسه أمران:

أحدهما: إخبار البائع.

الثاني: وقوع الاشتراء مبنيّاً على ذلك. وهو ظاهر معقد إجماع التذكرة.

قال السيّد الماجد‌ﷺ: قال في التذكرة: لو أخبره البائع بكيله ثمّ باعه بذلك الكيل صحّ عندنا. لكن نقل عن الرياض أنّه لا خلاف في جواز الاعتماد في الكيل والوزن على إخبار البائع[١]. فمعقد نفي خلافه جواز الاعتماد على قوله ولو لم يؤخذ شرطاً مبنيّاً عليه العقد.

وهو الّذي يظهر من عبارة القواعد، قال‌ﷺ: ولو عرف أحدهما الكيل أو الوزن وأخبر الآخر صحّ[٢].

والظاهر من عبارة مكاسب العلّامة الأنصاريّ كفاية إيقاع العقد مبنيّاً على التقدير المعيّن إذا كان الحكم دائراً مدار الغرر الفعليّ[٣].

وكيف كان، ففي المسألة وجوه:

الأوّل: أنّ شرط صحّة المعاملة في فرض عدم علم المشتري هو إخبار البائع، فهو الرافع للغرر، من جهة كونه طريقاً عرفيّاً أو من جهة الاشتراط بالظنّ أو الوثوق كما

(١) مفتاح الكرامة: ج ١٣ ص ٤٠.

(٢) قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٢٢.

(٣) راجع المكاسب: ج ٤ ص ٢٤١.

↲ نشير إلى ذلك إن شاء الله تعالى؛ فحينئذٍ لو أخبر البائع بالمقدار صحّ وإن لم تكن المعاملة مبنيّةً على المقدار المخبر به كما في صورة العلم بالمقدار، فإنّ الحجّة العرفيّة أو الشرعيّة تقوم مقام العلم.

الثاني: أنّ الشرط في صحّتها وقوعها مبنيّةً على المقدار المخبر به من دون دخالة للإخبار في ذلك، فذكر الإخبار من باب كونه مقدّمةً لإيقاع العقد على المقدار المخبر به، فحينئذٍ لو لم يخبر البائع بذلك لكن أخذ مقداراً خاصّاً مورداً للمعاملة ووقعت مبنيّةً عليه تصحّ ولا مدخليّة للإخبار في صحّة المعاملة.

الثالث: كفاية أحد الأمرين وأنّ الشرط أحد الأمرين: من إخبار البائع أو وقوع البيع مبنيّاً عليه.

الرابع: لزوم كلا الأمرين، وهو المستفاد من المتن.

والتحقيق أن يقال: حيث إنّ مفروض المقال هو لزوم العلم بالمقدار وإنّ مقتضى الأخبار المتقدّمة مع قطع النظر عن الدليل الدالّ على الاعتماد على قول البائع: عدم جواز البيع جزافاً فلا شبهة في أنّه لا يحصل العلم ولا يرتفع الجزاف بصِرف أخذ المقدار في المبيع الخارجيّ، فإنّ المبيع غير معلوم المقدار في الخارج بل الثمن أيضاً بناءً على التقسيط. وكذا لا يرتفع الجزاف بصِرف إخبار البائع ما لم يوجب العلم أو الاطمينان، إلّا أن يكون قوله حجّةً معتبرة من قِبَل الشارع مطلقاً فيقوم مقام العلم، ولادليل على الإطلاق، فإنّ مقتضى خبر أبي العطارد المتقدّم[1]: التقييد بالايتمان، وفي خبر عبدالرحمان المتقدّم[2] فيه أيضاً: «في الرجل يشتري الطعام أشتريه منه بكيله وأُصدّقه» وفي خبر ابن بكير المتقدّم[3] فيه أيضاً: «إمّا أن يأخذ كلّه بتصديقه» فجميع ذلك ظاهر في أنّ مورد الأخبار صورة حصول الوثوق والاعتماد عرفاً بكيله أو وزنه.

والحاصل: أنّ الأرجح مع قطع النظر عمّا قدّمناه من إنكار اشتراط العلم بالمقدار هو الاعتماد على إخبار البائع إذا كان موجباً للعلم أو الاطمينان والوثوق بحيث لايكون ↰

(١ و٣) في ص ٣٨١.

(٢) في ص ٣٨٠.

ولو تبيّن النقص فله الخيار*:

↲البيع جزافاً، ولا دخالة في وقوع العقد مبنيّاً عليه في الصحّة.

ثمّ إنّه بناءً على ما ذكرناه من أنّ الاعتماد على قول البائع من باب الوثوق فلا خصوصيّة للبائع كما هو مقتضى عبارة القواعد حيث قال‌: «ولو عرف أحدهما الكيل أو الوزن وأخبر الآخر صحّ»[1]. فحينئذٍ يشمل إخبار البائع بالمبيع وإخباره بمقدار الثمن وإخبار المشتري بالثمن وإخباره بالمبيع.

هذا بناءً على أنّ الاعتماد عليه من باب الوثوق والاطمينان.

وأمّا لو كان مفاد الأخبار المشار إليها حجّيّة قوله تعبّداً فلابدّ من الاقتصار على قول البائع بالنسبة إلى المبيع.

ويمكن التعدّي إلى قول المشتري بالنسبة إلى الثمن بناءً على أنّ الملاك المحتمل دخالته في الحجّيّة هو المالكيّة وأنّ من ملك شيئاً ملك الإقرار به.

ثبوت الخيار لو تبيّن النقص

(*) **مقتضى إطلاق المتن**: ثبوت الخيار للمشتري ولو لم يكن مغبوناً، فليس الخيار المزبور من باب الغبن. وهو الّذي اعتمد عليه العلّامة المحقّق الأنصاريّ، قال‌: وكيف كان، فلا إشكال في كون هذا الخيار خيار التخلّف، وإنّما الإشكال في أنّ المتخلّف في الحقيقة هل هو جزء المبيع أو وصف من أوصافه؟[2]

وخلاصة **الوجه** في الخيار المذكور ولو لم يكن غبن في البين أنّ المفروض وقوع الاشتراء مبنيّاً على ما أخبر به البائع من المقدار فهو بمنزلة الشرط المصرّح في ضمن العقد، فكما لو صرّح بالاشتراء على أن يكون مشتملاً على الكيل الخاصّ يثبت له خيار التخلّف كذلك لو كان العقد مبنيّاً عليه، إذ لافرق بينهما في نظر العرف الحاكم ↰

---

(١) قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٢٢.

(٢) المكاسب: ج ٤ ص ٢٤٣.

↲ بثبوت خيار التخلّف إذا كان وجه الخيار المزبور بناء العقلاء على ذلك؛ وكذا لو كان الوجه في الخيار المزبور دليل نفي الضرر، من جهة عدم حصول الوصف المملوك له أو جزئه في يد المشتري، فالحكم بلزوم المعاملة بدون الوصف المذكور ضرر عليه وإن لم يكن مغبوناً، لأنّ عدم وصول ما يملكه إليه ملاك لتوجّه الضرر إليه. وعدمُ كونه مغبوناً من جهة تكافؤ المبيع الفاقد للوصف أو الجزء لما جعله من الثمن لا يوجب عدم صدق الضرر، من جهة عدم حصول مملوكه في يده فإنّه موجب لنقص ملكه وهو الضرر.

ثمّ إنّه يثبت الخيار للبائع أيضاً في الفرض المذكور وهو إخبار البائع بمقدار المبيع إذا كان الشرط المبنيّ عليه العقد منحلّاً إلى الشرطين: شرطِ عدم النقص من المقدار المبنيّ عليه للمشتري على البائع وشرطِ عدم الزيادة للبائع على المشتري.

وكذا يثبت الخيار للبائع أيضاً إذا أخبر المشتري بمقدار الثمن ووقع البيع مبنيّاً على المقدار المخبر به.

وأمّا إذا لم يكن في البين إلّا شرط واحد حاصل بإخبار البائع بمقدار المبيع ويكون محصّل الشرط عدم النقيصة على المقدار المخبر به كما هو ظاهر فرض المتن فلا خيار إلّا للمشتري في صورة تبيّن النقص.

وأمّا في صورة تبيّن الزيادة فلا خيار للبائع، لعدم اشتراط المشتري له عدمَ الزيادة، فيكون له الخيار من باب تخلّف الشرط، ولا يملك الزائد أيضاً، لوقوع البيع على المتحصّل في الخارج، فالموجود الخارجيّ ملكٌ للمشتري بتمامه.

فما في تقرير بعض مشايخ العصر كان الله لهما من «ثبوت الخيار للمشتري في صورة تبيّن الزيادة، من جهة أنّ البائع يملك الزائد، فالمبيع حينئذٍ مشاع بينه وبين المشتري وهو عيب، والظاهر عدم كون المبيع معيوباً من حيث الشركة مع البائع»[1] مردودٌ بعدم وجه لكون البائع مالكاً للزائد، لأنّه إن كان المفروض اشتراط عدم الزيادة لنفسه على المشتري فليس له إلّا اختيار الفسخ، وإن كان المفروض عدم الاشتراط كما هو الظاهر ↰

---

(١) منية الطالب: ج ١ ص ٣٩٥.

فإن فسخ يردّ تمام الثمن، وإن أمضاه ينقص من الثمن بحسابه*.

◄من كلامه فليس له خيار الفسخ أيضاً. وعلى كلا التقديرين يكون تمام المبيع ملكاً للمشتري لوقوع البيع على مجموع المبيع مع الشرط أو بدون شرط له عليه.

وجه أنّه ينقص من الثمن بحسابه والإشكال في ذلك

(*) بمعنى بطلان البيع بالنسبة إلى المقدار الناقص.

وإن لم يمضه بل أبقاه معلّقاً فللمشتري بعد العلم بالتخلّف وأنّ المبيع ناقص بالنسبة إلى المقدار المخبر به المبنيّ عليه العقد أن يستردّ ما قابله من الثمن ولو كان مردّداً بين فسخ البيع أو الإمضاء.

ثمّ لايخفى أنّ ما ذكره في المتن هو المشهور بين الأصحاب على ما في المكاسب للشيخ العلّامة الأنصاريّ، قال‌ في مبحث الشروط في ذيل عنوان التذكرة «لو باعه شيئاً وشرط فيه قدراً معيّناً فتبيّن الاختلاف من حيث الكمّ...»: لا إشكال في الخيار عند تبيّن النقص، وإنّما الإشكال والخلاف في أنّ له الإمضاء بحصّته من الثمن أو ليس له الإمضاء إلّا بتمام الثمن، فالمشهور كما عن غاية المرام هو الأوّل، وقد حكي عن المبسوط والشرائع وجملةٍمن كتب العلّامة والدروس والتنقيح والروضة وظاهر السرائر وإيضاح النافع حيث اختارا ذلك في مختلف الأجزاءفيكون كذلك في متساوي الأجزاء بطريق أولى. ويظهرمن بعض الاستدلالات مفروغيّة الحكم في متساوي الأجزاء. وعن مجمع البرهان أنّه ظاهر القوانين الشرعيّة[1].

أقول: الوجه في ذلك أمران:

أحدهما: أنّ اشتراط الكمّ الخاصّ في المبيع وإن كان غير جعله جزءًا من المبيع بحسب المفهوم إلّا أنّ بناء العرف والعقلاءعلى المعاملةمعه معاملة الجزءفي التقسيط ►

---

(١) المكاسب: ج ٦ ص ٨٢ ـ ٨٣.

كما لو كالا طعاماً فاشتراه فتبيّن الغلط في الاكتيال.

ثانيهما: خبر عمر بن حنظلة عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل باع أرضاً على أنّها عشرة أجربة، فاشترى المشتري ذلك منه بحدوده ونقد الثمن ووقّع صفقة البيع وافترقا، فلمّا مسح الأرض إذا هي خمسة أجربة، قال: «إن شاء استرجع فضل ماله وأخذ الأرض، وإن شاء ردّ البيع وأخذ ماله كلّه إلّا أن يكون له إلى جنب تلك الأرض أيضاً أرضون فليؤخذ ويكون البيع لازماً له، وعليه الوفاء بتمام البيع، فإن لم يكن له في ذلك المكان غير الّذي باع فإن شاء المشتري أخذ الأرض واسترجع فضل ماله، وإن شاء ردّ الأرض وأخذ المال كلّه»[1].

قال قدس سره في الوسائل: ورواه الصدوق بإسناده عن عمر بن حنظلة نحوه[2].

ولايخفى أنّ مقتضى التتبّع في كتب الرجال هو الاعتماد على سنده، فإنّ المحدّث النوريّ قدس سره أوضح وثاقة عمر بن حنظلة وصحّح سند الصدوق إليه في شرح مشيخة الفقيه، وقد قوّاه الميرزا محمّد صاحب الرجال. هذا.

مضافاً إلى تأيّده بنقل الشيخ قدس سره من دون تفاوت في النقل.

ومضافاً إلى عمل الأصحاب به حتّى أنّ الشيخ عمل بذيل الخبر على ما في المكاسب للعلّامة الأنصاريّ[3].

وعدم العمل بذيله من جهة عدم تطابقه للقاعدة غير مضرّ بحجّيّة صدره مع أنّه نفى البعد في المحكيّ عن التذكرة من العمل بذيله ووجّهه بنحو ينطبق على القاعدة وإن كان في ذلك إشكال واضح كما ذكره الشيخ المعظّم له في مكاسبه ونقل عن الشيخ قدس سره العمل به[4].

ويمكن أن يقال في توجيه الذيل بأنّ كون المبيع هو المحدود غير معلوم، بل لعلّ المبيع هو تلك الأرض الّتي مساحتها عشرة أجرب من دون تعلّق الغرض في مقام البيع بحدوده، فالمبيع هو عشرة أجرب من تلك الأرض المخصوصة الّتي هي مشخّصة في

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٧، الباب ١٤ من أبواب الخيار.
(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٨.
(٣) المكاسب: ج ٦ ص ٨٦.
(٤) المكاسب: ج ٦ ص ٨٦ ـ ٨٧.

↲الجملة أيضاً وإن كانت غير مشخّصة من حيث الحدود. وتحديد الحدود المشار إليها في الخبر الشريف إنّما هو في مقام القبض لافي مقام المعاملة، ولعلّه المتعارف بل ولعلّه المستفاد من الخبر حيث لم يذكر الحدود في البيع بل ذكرها في الاشتراء الحاصل نوعاً بقبض المبيع، وحينئذٍ فانطباق الخبر على القواعد واضح.

ويمكن المناقشة في الوجهين:

أمّا الأوّل فلأنّه:

إن كان المقصود من بناء العرف والعقلاء على التقسيط أنّ المتعاملين يجعلان الثمن في قبال الكمّ المشترط فهو خلاف الوجدان،إذمن المعلوم أنّ الثمن جعل بإزاء الموجود الخارجيّ، لوضوح الفرق عند العقلاء بين أن يقال: «بعت هذه الصبرة من الحنطة على أنّها عشرة أكرار» أو «بعت عشرة أكرار من الحنطة الّتي هي هذه الصبرة الموجودة في الخارج»وأنّ المقصود من الأوّل جعل الثمن بإزاء الصبرة الخارجيّة والمقصود من الثاني جعل الثمن بإزاء عشرة أكرار من الحنطة بقيد كونه منطبقاً على هذا الموجود الخارجيّ، والقيد حاصل بالنسبة إلى الكمّ الموجود وغير حاصل بالنسبة إلى الناقص فيبطل.

وإن كان المقصود أنّ بناء العرف على التقسيط على رغم ما قصد المتعاقدان فهو خالٍ عن الوجه، إذ لا وجه لهذا البناء العدوانيّ؛ مع أنّ بناءهم على تسلّط الناس على أموالهم ومعه كيف يعقل وجود بناء منهم على خلاف إنشاء المتعاقدين.

وأمّا الثاني فلأنّه يمكن أن يكون الذيل وبعض القرائن الموجودة في الصدر دليلاً على كون موضوع الخبر هو ما إذا كان المبيع تلك الأرض الّتي هي عشرة أجرب، والتحديد إنّما هو في مقام القبض والإقباض لا في مقام البيع، وحينئذٍ إذا لم يكن مالكاً لجنب الأرض المبيعة ما يتمّ به عشرة أجرب فلا محالة يكون ملكاً لغيره، فالمبيع بالوصف المشترط متحقّق إلّا أنّه ليس جميعه ملكاً للمشتري فيكون داخلاً في مسألة «من باع ما يملك وما لايملك»والتقسيط فيه واضح بخلاف ما نحن فيه المفروض فيه عدم تحقّق ما اشترط من الكمّ. ↖

المسألة الثانية: الظاهر أنّه يكفي المشاهدة في بيع الحطب*

◄ فتحصّل أنّ ما ذكره في المتن وفاقاً للمشهور غير واضح، ولذا حكي عن عدّة منهم العلّامة في صريح القواعد والإيضاح وحواشي الشهيد والميسيّة والكفاية وجامع المقاصد عدم التقسيط. وقد يفصّل بين ما إذا كان المبيع ذا أجزاء متساوية كالحنطة فيحكم بالتقسيط وما إذا لم يكن كذلك كالأرض فلا يحكم بالتقسيط، وهو الّذي حكي عن المبسوط[١].

والوجه في عدم التقسيط في الثاني أنّ الفائت لا يعلم قسطه من الثمن، لأنّ المبيع مختلف الأجزاء فلا يمكن قسمته على عدد الجربان من الأرض مثلاً.

ويجاب بأنّه يمكن التقسيط على فرض تضاعف كلّ جزء من الأرض في مفروض الخبر، فإنّه الظاهر من الدليل الدالّ على التقسيط من خبر ابن حنظلة أو بناء المتعاملين، فتأمّل فإنّه لا يخلو عن الدقّة. وتمام الكلام في مبحث الشروط إن شاء الله تعالى.

كفاية المشاهدة في مثل الحطب والتبن والغنم غير المسلوخ وغير ذلك

(*) بعد ما فرضنا من اعتبار العلم بمقدار العوضين فالحكم بكفاية المشاهدة في بعض الأشياء في الجملة ـ كما عن غير واحد من الأصحاب بل لعلّه إجماعيّ كما ادّعي بالنسبة إلى بعض الأشياء ـ من باب جريان العادة بذلك وعدم تقدير ماليّته بالكيل والوزن، فالميزان هو المقدار الّذي يشاهد ويكون مورداً للحدس والتخمين كما في بيع الثمار على الأشجار وبيع الزرع، فالملاك في كفاية المشاهدة هو وقوع التقدير في العرف بها، سواء كان ذلك من باب كون الشيء قليل القيمة والمبيع كثير الحجم كالتبن والحطب أو كان ذلك من باب كون المبيع الخاصّ مشتملاً على أجناس متفاوتة القيمة جدّاً كالغنم غير المذبوح بل غير المسلوخ منه، فإنّه مشتمل على اللحم والجلد والأمعاء ◄

(١) راجع المكاسب: ج ٦ ص ٨٣ ـ ٨٥.

قبل أن يحلّ حمله* وصار كومة منه والتبنِ قبل أن يفرغ من وعاء حمله** وصار صبرة منه. ومثلهما كثير من المائعات المحرزة في القوارير، فهي ليست من الموزون قبل أن يفرغ منها، ويكفي في بيعها المشاهدة وبعد ذلك تكون منه؛ بل الظاهر أنّ مثل ذلك المذبوح من الغنم، فإنّه قبل أن يسلخ جلده يكفي فيه المشاهدة وبعده يحتاج إلى الوزن. وبالجملة قد يختلف حال شيء باختلاف الأحوال والمحالّ*** يكون من الموزون في محلّ دون محلّ وفي حال دون حال.

ولا يحصل بالوزن نوعاً أكثر ممّا يحدس بالمشاهدة وإن حصل فهو قليل لا يعبأ به في مقام الماليّة.

(*) بل قبل أن يحمل وبعده إذا كان المبيع كومة منه، بخلاف ما إذا كان المبيع قليل الحجم وكان اتّزانه سهلاً فإنّه يوزن حينئذٍ، وكذا الكلام بالنسبة إلى التبن.

ولا يخفى أنّه حيث عرفت الملاك في كفاية المشاهدة لا يكون الحكم المذكور في المتن بالنسبة إلى المذكورات حكماً كلّيّاً سارياً بالنسبة إلى جميع الأزمنة والأمكنة، فحينئذٍ لو صار التبن غالياً أو سهل وزنه كما في هذا العصر وصار مثل التبن موزوناً فمقتضى قاعدة اعتبار العلم بما هو ملاك التقدير في الماليّة هو وجوب الوزن.

(**) قد عرفت في التعليق المتقدّم أنّ الملاك لعدم الوزن بالنسبة إليه وما قبله وأمثالهما كثرة حجم المبيع مع كون القيمة رخيصة لا يعبأ عند العرف بالزيادة والنقيصة، فحينئذٍ لو كان المبيع صبرة منه لا فرق بين ما قبل الحمل وحين الحمل وما بعده.

إن قلت: لا وجه لعدّ بيع الحطب والتبن حال كونهما في وعاء الحمل ممّا يباع بالمشاهدة بل الوعاء كيل عند العرف.

قلت: لا يعتبر الحمل كيلاً عند العرف ولذا يختلف كثيراً وتختلف القيمة باختلافه.

(***) ما ذكره قبل ذلك من الأمثلة مربوط بالاختلاف باختلاف الحال ولم ينبّه

◄قبل ذلك على الاختلاف باختلاف المحلّ حتّى يكون الذيل جملة ما نبّه عليه في الصدر، لكن أصل المطلب صحيح فإنّه يختلف الشيء باختلاف المحلّ.

لكن قال الشيخ العلّامة الأنصاريّ بالنسبة إلى صورة اختلاف المحلّ ما لفظه: فإن اختلف البلاد في التقدير والعدم فلا إشكال في التقدير في بلد التقدير. وأمّا بلد عدم التقدير فإن كان ذلك لابتذال الشيء عندهم بحيث يتسامح في مقدار التفاوت المحتمل مع المشاهدة كفت المشاهدة، وإن كان لعدم مبالاتهم بالغرر وإقدامهم عليه خرصاً مع الاعتداد بالتفاوت المحتمل بالمشاهدة فلا اعتبار بعادتهم[١].

ولايخفى أنّ التفصيل المذكور جاءٍ فيما لايقدّر في جميع البلاد أيضاً وبعد ذلك، من جهة أنّ البناء في المعاملة على المعاوضة وإحراز كلّ واحد من الطرفين ما يساوي العوض الّذي يأخذه الآخر لا على المقامرة، واختبار الحظّ والنصيب متحقّق في بلد واحد أيضاً. هذا كلّه بيان الملاك فيما يكفي فيه المشاهدة بحسب نظر الأصحاب رضي الله عنهم.

وأمّا الدليل عليه فيمكن أن يلخّص في اُمور:

الأوّل: أنّه مع تعارف البيع بالمشاهدة وكون منشأ التعارف هو التسامح في المقدار لا الخرص على المقامرة كما هو المفروض لا يصدق الغرر، لأنّ ما اُحرز بالمشاهدة المبنيّة على الحدس والتخمين هو الّذي يساوي ما أعطاه من الثمن، فإنّه وإن كان وزنه مجهولاً لكن مقدار ماليّته معلومة ومعه لا يصدق الغرر عرفاً.

الثاني: ورود النصّ في بعض تلك الأشياء. والظاهر أنّ الملاك هو عدم التقدير بالوزن وكفاية المشاهدة في كمّيّة الماليّة العرفيّة، وقد تقدّم[٢] ما يدلّ على جواز بيع التبن مع عدم العلم بكيله ووزنه.

الثالث: قيام السيرة المستمرّة على ذلك ولم ينقل نهي بالخصوص عن بيع تلك الأشياء بالمشاهدة، ولا يكفي عموم نهي الغرر لذلك. ►

---

(١) المكاسب: ج ٤ ص ٢٣٧.

(٢) في ص ٣٨٩ ـ ٣٩٠.

↲ لكنّ الإنصاف: أنّ الغرر بالمعنى الّذي هو مبنى الأصحاب ويحكمون بصدقه على بيع المكيل والموزون جزافاً مع المشاهدة الموجبة للحدس والتخمين صادق في المورد أيضاً، فإنّ حمل الحطب والتبن كما يكون مجهولاً من حيث الوزن كذلك يكون مجهولاً من حيث الماليّه أيضاً لكنّهم يتسامحون في ذلك كما في بيع الثمار على الأشجار؛ فمن يشتري حملاً من التبن ويريد أن يبيعه شيئاً فشيئاً يحتمل أن لايكون ما يحصّله من بيعه كذلك مساوياً لما يبذله من الثمن كما أنّ البائع للتبن يحتمل أن يكون زائداً بالنسبة إلى المقدار الّذي يأخذه من الثمن لكن يتسامح في ذلك؛ وبعد كون المراد من الغرر كلّ بيع لا يؤمن معه من الوقوع في الضرر ـ قليلاً كان الضرر أو كثيراً ـ فالنهي شامل له. والصدق المذكور أوضح بالنسبة إلى ما لايكون ملاك كفاية المشاهدة فيه هو التسامح وعدم ماليّة غاليةللمبيع كما في التبن،كالغنم غيرالمسلوخ فإنّ الملاك فيه ـ كما عرفت ـ اختلاف الجنس في الموجود الواحد، فإنّ الاختلاف المحتمل فيه إن كان بمقدار منّ أو نصف منّ من اللحم كان غرراً بالمعنى المشهور عند الأصحاب.

ولعمري إنّ ذلك أيضاً من القرائن على ما ذكرناه خلافاً للمشهور ووفاقاً لصاحب الحدائق والمحقّق الأردبيليّ بل للمرتضى والشيخ ﭭ على مامرّ من كلامهما من عدم اعتبار العلم بالمقدار.

وأمّا حديث نفي الغرر فالقدر الّذي يمكن الاستدلال به هو ما إذا كان المال المبذول في مظنّة الهلاكة لعدم وصول عوضه إلى صاحبه كالعبد الآبق والطير في الهواء.

وأمّا إذا كان أصل وجود العوض معلوماً وكانت المعاملة عقلائيّة فصدق الغرر غير معلوم لوجهين:

أحدهما: مامرّ من أنّه مع عدم حصول الغبن في الواقع لا ضرر ومع حصوله يجبر بالخيار.

ثانيهما: أنّ مقتضى بعض التعريفات أنّ الغرر هو الوقوع في مظنّة الهلاكة: فعن القاموس: غرّر بنفسه تغريراً أو تغرّةً أي عرّضها للهلكة،والاسم الغرر.وقد حكي عن ↰

المسألة الثالثة: الظاهر عدم كفاية المشاهدة في بيع الأراضي* الّتي يقدّر ماليّتها بحسب الخيط والذراع، بل لابدّ من الاطّلاع على مساحتها؛ وكذلك كثير من الأثواب قبل أن يخاط أو يفصل.

الأساس والمصباح والمغرب والمجمل والمجمع تفسير الغرر بالخطر ممثّلاً له في الثلاثة الأخيرة ببيع السمك في الماء والطير في الهواء[1]؛ وصدق الخطر على المشاهد المحتمل زيادته ونقيصته في الجملة غير واضح.

هذا كلّه، مضافاً إلى ما لابدّ من القول بصحّة البيع فيه جزافاً ممّا مرّ وغيره، ويبعد أن يكون جميع ذلك تخصيصاً للقاعدة.

الظاهر عدم كفاية المشاهدة في الأرض والثوب

(*) **قال** في **القواعد**: وتكفي المشاهدة في الأرض والثوب وإن لم يُذرعا[2].

وقال السيّد الماجد بعد ذلك: إجماعاً كما في التذكرة قال: لو باع مختلف الأجزاء مع المشاهدة صحّ كالثوب والدار والغنم بالإجماع. قال الشهيد في حواشيه: لأنّ الثلاثة أجزاؤها مختلفة. وفي المبسوط والسرائر: بيع الثوب المشاهد صحيح بلاخلاف[3].

أقول: بعد فرض الغضّ عمّا ذكر من إمكان منع اعتبار العلم بالمقدار يمكن أن يقال: إنّ ما جرت عليه العادة من بيعه بصِرف المشاهدة على أقسام:

لأنّه إمّا أن يكون ذلك بالعادة النوعيّة المستقرّة عليها في جميع البلاد، **وإمّا أن تكون** تلك عادة بلدة من البلاد.

وعلى القسمين: إمّا أن يكون الاكتفاء بالمشاهدة من باب التسامح في التفاوت

---

(١) راجع المكاسب: ج ٤ ص ١٧٧ ـ ١٧٨.

(٢) قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٢٢.

(٣) مفتاح الكرامة: ج ١٣ ص ٣٨.

المحتمل، وإمّا أن يكون من باب الإقدام على الغبن المحتمل في قبال احتمال النفع الكثير الّذي هو مبنى الإقدام على القمار.

وعلى الأقسام: إمّا أن يكون البيع فيه منحصراً بالمشاهدة، وإمّا لايكون منحصراً بها بل قد يوزن أو يكال أو يُذرع وقد يكتفى بالمشاهدة.

وعلى جميع الفروض: إمّا أن تكون العادة على ذلك حادثة، وإمّا أن تكون قديمة متّصلة بصدر التشريع.

ولاريب أنّ المتيقّن من الأقسام هو ماجرت عليه العادة النوعيّة بالمشاهدة من باب التسامح مع الانحصار والاتّصال بصدر التشريع، لكنّ الظاهر بل المقطوع أنّ استقرار العادة على الاكتفاء بها كافٍ في الجواز ولايتوقّف على الانحصار، والظاهر عدم لزوم الاتّصال إلى زمان المعصوم بل وجود سنخه في زمانهم وعدم الردع عنه كافٍ في الكشف عن إمضاء الصحّة العرفيّة؛ فحينئذٍ يمكن أن يقال بكفاية المشاهدة في كلّ ماجرت العادة النوعيّة عليه من باب التسامح أو اختلاف الأجزاء بحيث لا يحصل من الوزن أو الكيل أو الذرع نوعاً أكثر ممّا يحصل من المشاهدة إلّا بمقدار يتسامح فيه كالغنم غير المسلوخ ولو لم تكن المشاهدة هي الطريق المنحصر كما أُشير إلى ذلك في الجواهر[١]؛ وحينئذٍ فالبحث عن المصاديق خارج عن شأن الفقيه كما أنّ الإجماع على الاكتفاء بالمشاهدة في بعض العصور بالنسبة إلى الثوب ـ مثلاً ـ لايكون حجّة لعصر آخر، لقوّة احتمال كون الثوب في العصر السابق ممّا يكتفى فيه بالمشاهدة وأين من هذا العصر الّذي يكون لكلّ شبر منه قيمة غالية عالية.

ولعلّ الاكتفاء بالمشاهدة في العصر السابق من باب أنّ كلّ طاقة كانت معدّة لملبوس خاصّ وكان ملاك ماليّته ذلك وكان ذلك محرزاً والزيادة عنه كانت ممّا يتسامح فيها، أو كانت كلّ طاقة منها مشتملة على مساحة معيّنة في النوع بحيث قلّ

---

(١) راجع جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٦٨٨.

نعم، إذا تعارف عدد خاصّ في أذرع الطاقات من بعض الأثواب جاز بيعها وشراؤها اعتماداً على ذلك التعارف* ومبنيّاً عليه، نظير الاعتماد على إخبار البائع** والبناء عليه.

ما يتّفق النقصان عنه ولذا كان يتسامح فيه، وحينئذٍ لا يمكن قياس ما يسمّى في العصر بـ«فاستوني» بذلك من جهة إجماع التذكرة الّذي يقوى كونه منعقداً على ما هو المرسوم في الثوب في عصره.

جواز الاعتماد على المتعارف

(*) **إن كان موجباً للوثوق**، بل للاكتفاء بالظنّ وجه قويّ، وهو أنّه بعد ما كان الملاك في جواز الاكتفاء بالمشاهدة هو التسامح في التفاوت فكما أنّ منشأ التسامح قد يكون عدم العبرة بالمحتمل لقلّة التفاوت كذلك قد يتسامح لعدم العبرة بالاحتمال، فيصير عدم العبرة به ملاكاً لتقدير المال بالطاقة المعيّنة، فتأمّل.

(**) قديتراءىٰ من **العبارة** ثبوت الخيارللمشتري على تقدير التخلّف عن المتعارف، وهذا جارٍ في الكيل الّذي يبنى عليه المعاملة طريقاً إلى الوزن والعدّ، وقد نبّه على ذلك الشيخ العلّامة الأنصاريّ في آخر مسألة إخبار البائع بمقدار المبيع (١).

لكنّ الإنصاف: أنّ العبارة ليست ظاهرة في التنظير في جميع الأحكام. وأمّا أصل ثبوت الخيار فهو صحيح لو كان العقد في مثل المفروض في المتن أو في عبارة الشيخ المعظّم لهﷺ مبنيّاً على المداقّة وعدم التسامح في مقدار التفاوت، والظاهر من طريقة العرف خلافه كما لايخفى، فتأمّل.

---

(١) المكاسب: ج ٤ ص ٢٤٤.

المسألة الرابعة: إذا اختلفت البلدان في شيء ـ بأن كان موزوناً في بلد مثلاً ومعدوداً في آخر ـ فالظاهر أنّ المدار على بلد المعاملة*.

في ما إذا اختلف البلدان في شيء من حيث الكيل والوزن والعدّ

(*) **فإنّه لا يعرف كـمّيّة ما يكون مالاً في بلد المعاملة إلّا بملاحظة ما جعل فيها** ميزاناً لكمّيّة المال؛ فالمتعاقدان اللذان هما من أهل بلد يبيعون الجوز غير المقشّر وزناً إذا تعاقدا على بيع الجوز في بلد يباع بالعدّ فإن كان بيعهما واقعاً على الوزن الخاصّ من الجوز لا يدري المشتري كم حصل عنده من عدد الجوز الّذي هو ملاك تقدير الماليّة في تلك البلدة ولايدري البائع أنّه رابح أو مغبون بحسابها. ويظهر من الجواهر[1] كفاية أحد الأمرين من مراعاة بلد العقد أو بلد المتعاقدين.

ويمكن أن يقال: إنّه يختلف الحكم باختلاف غرض المتعاقدين:

فإن كان غـرضهما إحراز المال لبلدهما أو بلد ثالث فلهما مراعاة ذاك البلد لابلد العقد ولا بلد المتعاقدين، فمن تعلّق غرضه بإحراز مقدار خاصّ من الجوز في بلدة طهران مثلاً وراعى في اشترائه ما هو الملاك في كمّيّة الماليّة فيها لم يتوجّه إليه غرر، وكذا بالنسبة إلى البائع فإنّه لو فرض تعلّق غرضه بتملّك ثمن الجوز الّذي يكون فيها ويقدّر فيها فلم يتوجّه إليه غرر كما أنّه يجوز لهما مراعاة بلد العقد حينئذٍ لدفع الغرر والجزاف بذلك أيضاً.

وأمّا إن لم يكن غرضهما إلّا إحراز المال والحصول عليه مثمناً أو ثمناً في بلد العقد فالظاهر لزوم مراعاة ما هو المعمول فيه، لعدم رفع الغرر بصِرف كون المدار في بلد المتعاملين هو العدّمثلاً، فإنّه لافرق بين من يكون من أهل بلديكون ميزانه غيرميزان ↖

---

(١) ج ٢٣ ص ٦٨٧.

الثالث: معرفة جنس العوضين* وأوصافهما الّتي تتفاوت بها القيمة وتختلف لها الرغبات.

↵بلد العقد وغيره ممّن هو مطّلع على ميزان ذلك البلد بعد عدم تعلّق الغرض بكون المال في بلدهما الأصليّ.

والحاصل: أنّ إطلاق المتن من كون المدار مطلقاً على بلد العقد منظورٌ فيه، كما أنّ إطلاق الجواهر من التخيير بين بلد العقد والمتعاقدين أيضاً محلّ نظر وإشكال:

أمّا الأوّل فلأنّه لا يمكن القول بأنّ من تعلّق غرضه من البائع والمشتري بتملّك متاع خاصّ في بلدهما أو بلد ثالث ثمّ خرجا من تلك البلدة وأتيا إلى بلدة أُخرى لاغرض لهما بها أنّه يجب مراعاة معيار ذلك البلد بصِرف كون العقد واقعاً فيه، فإنّه خروج عن طريقة العرف والعقلاء بدون إيجاب من الشارع.

وأمّا الثاني فلأنّه مع عدم تعلّق غرضهما بحصول المال في بلدهما فأيّ فرق بينهما وبين غيرهما من غير أهل بلدهما المطّلع على معياره حتّى يقال بجواز مراعاة بلدهما وعدم جواز مراعاة الغير الّذي هو مطّلع على معياره لذلك مع أنّ المعلوم عدم رفع الغرر بناءً على ما هو المشهور في معناه بذلك.

ثمّ لايخفى أنّ في حكم المكيل والموزون والمعدود ما يكتفى فيه بالمشاهدة من أنّ المعيار بلد العقد أو أحد الأمرين من بلد المتعاقدين وبلد العقد أو بلد العقد إلّا إذا تعلّق الغرض بحصول المال في بلد آخر فيحكم بالتخيير، وهو العالم بالحقائق والأسرار.

الثالث من الشروط: معرفة جنس العوضين وأوصافهما

(*) قال ﷺ في الجواهر مازجاً كلامه بكلام المحقّق قدّس الله أسرارهما: الشرط «الرابع: أن يكون الثمن معلوم القدر والجنس والوصف، فلو باع بحكم أحدهما» أو ثالثٍ أو عرفٍ أو عادةٍ في قدر الثمن أو جنسه أو وصفه «لم ينعقد» البيع، بلاخلاف أجده فيه بيننا في ↵

◄أصل اعتبار العلم إلّا من الإسكافيّ[١]. ثمّ نقل بعد ذلك كلام الإسكافيّ[٢]. ويظهر منه أنّ كلامه في اعتبار العلم بالقدر لا في اعتبار العلم بالجنس والوصف.

ويمكن أن يستدلّ لذلك بأُمور:

منها: ماتقدّم من عدم الخلاف المؤيّد بما نرى منهم التسالم عليه في الفروع المختلفة: مثل لزوم اختبار الطعم واللون والرائحة فيما تختلف قيمته باختلاف ذلك، ومثل كفاية التوصيف الرافع للجهالة، ومثل جواز الاعتماد على الرؤية السابقة، ومثل جواز الاعتماد على أصالة الصحّة وعدم لزوم الاختبار ولا التوصيف بالنسبة إلى الصفات الدخيلة في الصحّة، وغير ذلك.

ومنها: حديث النهي عن الغرر المتقدّم[٣].

ومنها: أنّ معرفة الجنس والوصف أولى بأن تكون شرطاً في صحّة البيع بالنسبة إلى المقدار، خصوصاً بعض مراتب معرفة الجنس والوصف بالنسبة إلى بعض مراتب العلم بالمقدار.

ومنها: خبر محمّد بن العيص، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى ما يذاق، يذوقه قبل أن يشتري؟ قال: «نعم، فليذقه ولا يذوقنّ ما لا يشتري»[٤].

والإيراد في دلالته على اللزوم من باب كون الأمر وارداً مورد توهّم الحظر من جهة «كون الذوق قبل الاشتراء تصرّف في مال الغير» يمكن دفعه بأنّه لو كان المقصود من الجواب صِرف رفع الحظر لكان قوله عليه السلام «نعم» كافياً في ذلك، فقوله «فليذقه» بعد رفع الحظر بقوله «نعم» مشعر أو ظاهر في الوجوب خصوصاً مع اقترانه باللام.

وإن شئت قلت: إنّه بعد قوله «نعم» لا يتوهّم الحظر فليس الأمر بالذوق في موقع توهّمه.

ومنها: خبر عبدالأعلى بن أعين، قال: نُبّئت عن أبي جعفر عليه السلام أنّه «كره ◄

(١ و ٢) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٦٥٢.

(٣) في ص ٣٧٤.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٧٥ ح ١ من ب ٢٥ من أبواب عقد البيع وشروطه.

لا شراء ما لم تره»[١].

ومـنها: خبر محمّد بن سنان، قال: نُبّئت عن أبي جعفرعليه السلام أنّه «كره بيعين: اطرح وخذ على غير تقليب، وشراء ما لم تر»[٢].

ويمكن المناقشة في الجميع:

أمّا الأوّل فلأنّ كشف الإجماع من عدم العلم بالخلاف وعنوان المسائل الأُخرى من بعضهم مشكل.

مع أنّه لا يكشف عن وجود نصّ معتبر ولا عن فتوى المعصوم من غير الطرق الّتي ذكرت، فلعلّ منشأه ما ذكر بعد الوجه الأوّل.

وأمّا الثاني ففيه أوّلاً: ما عرفت من عدم وضوح دلالة الحديث إلّا على النهي عن إيقاع المال بواسطة البيع في معرض الهلاكة والضياع، بأن يحتمل أن لايكون في قباله مال أصلاً،فإنّه المستفاد من بعض كلمات اللغويّين،ومن التفسير بالخطر، ومن التمثيل له بالسمك في الماء والطير في الهواء، ومن بعض التعليلات الواردة في الروايات المختلفة: كالوارد في جواز بيع الآبق مع الضميمة، وبيع ما في بطون النعاج بضمّ الأصواف، وبيع اللبن في الضرع بضمّ المحلوب في السُكُرُّجة الراجعة إلى أمر واحد وهو وجود البدل للثمن الّذي أُعطي في مقام البيع. وقد تقدّم ذلك[٣] وقد مرّ ما يوضحه، فراجع وتأمّل.

وثانياً: بعد فرض عدم الضرر من جهة أنّه إن كان الثمن مساوياً للمبيع فلا ضرر، وإن لم يكن فله خيار الغبن لايصدق عنوان الغرر الّذي هو إيقاع المال في خطر النقص.

وثالثاً: لاضرر إلّا من ناحية أن لايكون المعوّض مساوياً للعوض، وهذا غيرمشمول لحديث الغرر بالإجماع؛ كيف؟! ولو كان ذلك مشمولاً له لكان البيع المحتمل للغبن باطلاً، وكان كشف الغبن موجباً للقطع ببطلانه، لا موضوعاً لإعمال الخيار.

ورابعاً: مع قطع النظر عن ذلك لا غرر لو شرط كلّ واحد الخيار أو كان في البين

(١ و٢) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٧٦ ح ٢ و٣ من ب ٢٥ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٣) في ص ٣٨٦.

↵خيار بحيث يعرف في زمانه جنس المبيع ووصفه كما لو كان المبيع حيواناً.

وخامساً: مع قطع النظر عمّا ذكر يكون الدليل المذكور أخصّ من المدّعى، إذ قد يعلم عدم الضرر مع فرض عدم العلم بالجنس أو الوصف؛ فلو فرض كون المبيع مردّداً بين الفرس والبغل وكان قيمة كلّ منهما واحداً وكان الغرض المترقّب مترتّباً عليهما فلا غرر قطعاً.

وأمّا **الثالث** فلما عرفت في المقيس عليه من عدم وضوح اعتبار العلم بالمقدار.

مع إمكان أن يقال: إنّ القياس مع الفارق، إذ في المقيس عليه لو كان المبيع مردّداً بين الزائد والناقص فيقطع بتوجّه الضرر إلى أحد المتعاملين وإن كان مردّداً بينهما مع احتمال التساوي يحتمل توجّه الضرر إلى أحدهما. وإن لم يكن النقص محتملاً واحتملت الزيادة فيحتمل توجّه الضرر إلى البائع كما أنّ العكس موجب لاحتمال توجّه الضرر إلى المشتري. نعم، لو علم أحدهما المقدار وعلم الآخر بعدم توجّه الضرر إليه لا يكون غرراً في البين وهو نادر جدّاً؛ فالمنع عن البيع الّذي لا يكون مقدار العوضين معلوماً لا يستلزم المنع عن البيع الّذي لا يكون جنسه أو وصفه معلوماً. مضافاً إلى أنّ القياس باطل إلّا إذا علم بما هو ملاك للحكم واقعاً.

ويمكن أن يكون **الوجه** في اعتبار العلم بالمقدار كثرة الابتلاء بذلك، إذ لا يعرف المقدار بالمشاهدة فلابدّ من الاتّزان أو الاكتيال وذلك لا يخلو عن صعوبة، وهذا بخلاف الجنس والوصف فإنّهما يعرفان بالمشاهدة أو الاختبار الّذي هو في غاية السهولة.

وأمّا **الرابع** فلعدم اعتبار السند.

مضافاً إلى عدم وضوح الدلالة، من جهة قوّة احتمال كون كلمة «فليذقه» تأكيداً وبياناً لقوله «نعم»، بل هو المستفاد عرفاً من الكلمة الّتي يؤتى بها بعد «نعم» أو «بلى». ويمكن أن يكون النكتة في البيان والتأكيد بيان وضوح ذلك وأنّ المعاملة في العرف متوقّفة عليه وأنّ من يعرض متاعه للبيع لابدّ وأن يرضى بذلك وأنّ من يشتري لابدّ له بحسب ما تقتضيه الاعتبارات العرفيّة والعقليّة أن يذوق ما يكون ماليّته بطعمه.

وأمّا **الخامس والسادس** فلضعف السند بالإرسال وغيره. ↖

وذلك إمّا بالمشاهدة أو بالتوصيف الرافع للجهالة*.

↲ مضافاً إلى أنّ نسبة الكراهة إليه عليه السلام ربما ينافي التحريم الشرعيّ الإلهيّ عرفاً، أو معه لا يكون الكلام ظاهراً في التحريم.

جواز الاعتماد على التوصيف الرافع للجهالة

(*) قال قدس سره في الجواهر مازجاً كلامه بكلام المحقّق رحمهما الله: «يجوز شراؤه من دون ذلك بالوصف» القائم مقام الاختبار «كما» يقوم مقام الرؤية، من غير فرق بين حضور العين وغيبتها، وعدالة الواصف وفسقه؛ ولذا صحّ أن «يشتري الأعمى الأعيان المرئيّة» به. بلاخلاف ولا إشكال في شيء من ذلك، عدا ما في محكيّ السرائر: من قوّة احتمال عدم جواز بيع العين الحاضرة بالوصف.

وفيه: عدم الفرق بعد فرض الجواز به لكونه صالحاً لرفع الجهالة والغرر، بل لعلّ الحاضر أولى من الغائب[1].

وفـيه ـ لولا الإجماع ـ: أنّه على فرض لزوم حصول العلم أو الاطمينان بجنس العوضين ووصفهما فكيف يرتفع الجهالة بالتوصيف من الفاسق غير الموثّق.

ويمكن أن يقال: إنّه حيث لا دليل على لزوم العمل فليس في البين ما يجب مراعاته إلّا عدم لزوم الغرر، وهذا يحصل بالتوصيف، فإنّه موجب للخيار لولا الوصف المذكور، فلا غرر في البين ولا دليل على لزوم العلم أو الاطمينان.

ويمكن الاستدلال لذلك أيضاًبما تقدّم من الدليل على الاعتماد بإخبار البائع بالمقدار، من جهة عدم الفرق بين المقدار والوصف.

ولكنّ الاستدلال المذكور مبنيّ على جواز الاعتماد على إخباره ولو لم يفد العلم والاطمينان،وقدعرفت أنّه خلاف التقييد بالايتمان كما في بعض الأخبار والتعبير عنه ↵

---

(١) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٦٩٥ ـ ٦٩٦.

ويجوز الاكتفاء بالرؤية السابقة* إذا لم يعلم تغيّر العين[١].

◄بالتصديق كما في بعضها الآخر.

ويمكن أن يقال في المسألتين أيضاً كما أُشير إليه سابقاً بأن التوصيف والاشتراء مبنيّاً عليه الّذي هو بمنزلة ذكر الوصف في المبيع لفظاً وكذا الاشتراء مبنيّاً على ما أخبر به البائع موجبٌ لمالكيّة الوصف والمقدار المبنيّ عليه العقد فالمشتري للعين الموصوفة مالك للوصف أيضاً،وفقدان العين للوصف المذكور لاينافي المالكيّة فإنّ تعلّقهابالمعدوم غير عزيز.

ويترتّب على ذلك جواز الإسقاط وجواز فسخ العقد، وحيث إنّ ما ملكه المشتري بالتوصيف معلوم وإن كان وجوده غير معلوم فلا جهالة في المبيع، والقدرة على التسليم ليس شرطاً بالنسبة إلى مجموع ما ملكه المشتري كما دلّ عليه الدليل، والغرر الجائي من قبل عدم تسليم الوصف مرتفع بالخيار فلا إشكال في ذلك.

لكنّ الإنصاف: أنّ اعتبار مالكيّة الوصف المعدوم غير الممكن إيجاده في العين عند العقلاء غير واضح، وهذا غير مالكيّة العمل المعدوم فعلاً الممكن إيجاده فإنّ أثرها واضح، وكون جواز الإسقاط والخيار كافياً في اعتبار الملكيّة والمالكيّة غير واضح.

ثمّ الظاهر أنّ مراد المتن من التقييدبالرافع للجهالةأن يكون التوصيف تامّاًفي تعريف المتاع من حيث هو توصيف،وليس ناظراً إلى الواصف حتّى يستفاد منه لزوم كونه عادلاً أو ثقةً حتّى يرتفع الجهل بتوصيفه.

جواز الاكتفاء بالرؤية السابقة

(*) المرئيّ أو المعلوم سابقاً على أقسام:

الأوّل: أن يكون التغيّر عن الصفات السابقة على خلاف العادة كالأرض والأواني ◄

---

(١) وسيلة النجاة: ج ٢ ص ٣٢.

﴿والحديد. وهذا لا إشكال في جواز البيع اعتماداً على الرؤية السابقة، لحصول العلم العاديّ بالصفات فلا غرر ولا جهالة في البين، ولم يعلم خلاف في ذلك إلّا من بعض الشافعيّة وأحمد في إحدى الروايتين عنه على ما في مفتاح الكرامة(١).

الثاني: أن يكون التغيير على وفق العادة وكانت مقتضية للتغيّر فلا إشكال عندهم في عدم جواز الاكتفاء بالرؤية السابقة.

الثالث: ما إذا كان التغيّر وعدمه محتملاً بحسب العادة فظاهرهم جواز الاعتماد فيه بالرؤية السابقة كالقسم الأوّل:

قال ﷺ في القواعد: ولو احتمل التغيّر صحّ، للاستصحاب(٢).

وقال السيّد الماجد: فلو رأىٰ مالاً يتغيّر عادةً أو ما يحتمل التغيير وعدمه والحال أنّه على ما رآه لم يتغيّر لزم البيع قولاً واحداً(٣).

ولا يخفى ما في هذا القسم من الإشكال، لعدم إحراز بناء العقلاء على عدم التغيّر حتّى يكون أمارة عقلائيّة يعتمد عليها ويثبت بها الوصف ويقوم مقام العلم والاطمينان.

مع أنّه لو كان كذلك فالمتيقّن هو ترتيب ما هو مترتّب على عدم التغيّر، لا ما هو مترتّب على العلم أو الوثوق بذلك، والمفروض في المقام أنّ الشرط هو العلم بالجنس والصفة.

ومنه يظهر الإشكال في الاستصحاب، فإنّه لا يقوم مقام العلم وليس الأثر مترتّباً على واقع عدم التغيّر بل على العلم أو الوثوق بذلك.

هذا بناءً على اعتبار العلم بالجنس والوصف.

وأمّا بناءً على كون الحكم دائراً مدار الغرر فلو اشترى في الفرض المذكور مبنيّاً على الرؤية السابقة ومشترطاً ذلك على البائع فلا يبعد الصحّة، لأنّه في صورة التخلّف يرتفع الضرر بالخيار.﴾

---

(١) ج ١٣ ص ١٨٨.

(٢) قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٢٥.

(٣) مفتاح الكرامة: ج ١٣ ص ١٨٩.

وإن اختلفا فيه فالقول قول المبتاع مع يمينه على تردّد[١]*.

ﻫ ثمّ لا يخفى أنّه لا أرى فرقاً بين الاعتماد على الرؤية السابقة في الوصف وبين الاعتماد عليها في المقدار؛ فلو علم المشتري بوزن المبيع أو كيله أو عدّه ثمّ مضى زمان يحتمل فيه النقصان عن المقدار المعلوم سابقاً فحكمه حكم الوصف بحسب الظاهر وإن لم أر من نبّه عليه من الأصحاب بل ذكروا الاعتماد على الرؤية السابقة في الوصف لا في المقدار إلّا أنّهما مشترك الملاك، وهو الأعلم.

وإن اختلفا فيه فالقول قول المشتري

(*) تقديم قول المشتري هو المشهور كما في الجواهر[٢].

واستدلّ لذلك بأمور:

منها: أصالة بقاء يده على الثمن كما عن الدروس[٣].

ومنها: أصالة براءة ذمّة المشتري من الثمن كما عن العلّامة ﷺ[٤].

ومنها: أصالة عدم التراضي على البيع بالوصف الموجود كما عن التذكرة[٥].

ومنها: أصالة عدم وصول حقّ المشتري إليه كما عن جامع المقاصد[٦].

أقول: أمّا الأصل الأوّل فهو أمارة في بعض الصور وأصل في بعضها الآخر:

فإنّه إن كان الثمن بيد المشتري بعد العقد إلى حين الاختلاف أو كان بيده ثمّ صار بيد البائع أو كان قبل البيع بيد البائع وبقي في يده إلى بعد العقد ولكن لم يقبض المبيع للمشتري ففي جميع تلك الصور يد المشتري ولو في آن من الآنات ثابتة على المال، واليد أمارة على الملكيّة إن احتمل كونها دالّةً على استحقاق التسلّط، فإنّ أماريّة اليد ليست منحصرةً بالملكيّة، بل هي أمارة على استحقاق التصرّف ولو لم يكن ملكاً له ﻫ

(١) شرائع الإسلام: ج ١ و٢ ص ٢٧٣.

(٢ و٣) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٦٩٢.

(٤ و٥ و٦) راجع المكاسب: ج ٤ ص ٢٧٥.

◄ بحسب نظر العقلاء وبنائهم. ويد البائع في الصورتين الأخيرتين لا تكون أمارة على الاستحقاق، لأنّها مسبوقة بإقراره بيد المشتري، وقد تقرّر عندهم أنّ اليد المعترف صاحبها بمسبوقيّتها بيد الغير لا تكون حجّةً على استحقاقه للتصرّف.

وأمّا إن كان المبيع قبل العقد بيد المشتري والثمن بيد البائع ثمّ تحقّق البيع فليس في البين يد من المشتري على الثمن، واليد الثابتة عليه قبل العقد بالمباشرة أو بنيابة البائع عنه كانت أمارة على المالكيّة ولم تكن أمارة على الاستحقاق ولو مع عدم المالكيّة.

وفي هذه الصورة يمكن أن يقال: إنّه قبل البيع كان يد البائع على الثمن يد أمانة ومتفرّعة على يد المشتري ومقتضى الاستصحاب بقاء ذلك وكون يد البائع عليه أمانيّاً، وليس المقصود من كونها أمانة أنّها كذلك شرعاً حتّى يقال: إنّ استصحاب عدم سبب الخيار حاكم على ذلك ويحكم بعدم كون يد البائع أمانة شرعيّة، بل المقصود كونها بيده بعنوان الأمانة من المشتري كما في أمانة المال المغصوب، والاستصحاب بالتقريب المذكور يثبت موضوع يد المشتري الّتي هي أمارة على الاستحقاق للتصرّف.

وأمّا الأصل الثاني فمحكوميّته بأصالة عدم موجب الخيار بل باستصحاب بقاء الملكيّة المستلزم لعدم تأثير الفسخ واضحة.

وأمّا الثالث فمردود بأنّ **اللزوم** مترتّب على كون المنتقل إلى المشتري مطابقاً لما وقع عليه البيع **وعدمَه** وهو الخيار مترتّب على عدم كون المنتقل إليه مطابقاً لما وقع عليه البيع، واستصحاب عدم تحقّق البيع على ما ينطبق على الموجود لا يثبت عدم كون المنتقل إليه مطابقاً لما وقع عليه العقد.

فالعمدة في المقام هو الأصل الأخير وهو استصحاب عدم انتقال حقّ المشتري إليه. والمقصود من الانتقال ليس القبض والإقباض، فإنّ الخيار غير مربوط بهما، بل المقصود به الانتقال الملكيّ، فإنّ الخيار مترتّب على عدم انتقال ما يملكه المشتري من الوصف في ضمن الموصوف، وهو الّذي اعتمد عليه المحقّق الأنصاريّ في آخر كلامه[1]. ►

(١) المكاسب: ج ٤ ص ٢٨١.

◄ ولكنّه مردودٌ أيضاً أوّلاً بأنّ عدم انتقال حقّ المشتري المجعول في هذا العقد المخصوص ليس له حالة سابقة إلّا بعدم تحقّق الحقّ، لأنّه ليس في البين آن يقطع فيه بثبوت الحقّ وعدم انتقاله إلى المشتري، لأنّ جعل الحقّ وانتقال الموجود إلى المشتري وقع بإنشاء واحد.

وثانياً بأنّه على فرض جريان استصحاب عدم انتقال الحقّ ولومع فرض عدم الحالة السابقة إلّا بنحو السالبة بانتفاء الموضوع فلاريب أنّه مسبّب عن كون المشتري ذا حقّ على وصف مفقود في المبيع فعلاً وعدمه، ومقتضى أصالة عدم جعل حقّ بالعقد المخصوص وراء ما وصل إلى المشتري: انحصار حقّ المشتري فيما وصل إليه وعدم استحقاق شيء آخر فلا خيار له، فإنّه وإن لم يكن عدم جعل الحقّ مع تحقّق العقد معلوماً في السابق إلّا أنّه في حال عدم جعل الحقّ معلوم.

وثالثاً: يمكن أن يقال: إنّ استصحاب عدم التزام وصف زائد على الموجود مرتبط بالعقد الخاصّ كافٍ في عدم الخيار، فليس اللازم إثبات عدم كون العقد مرتبطاً بالشرط حتّى يشكل بأنّه فاقد للحالة السابقة مع وجود الموضوع، بل يستصحب عدم تحقّق الالتزام المرتبط بالعقد الخاصّ، فإنّ الارتباط قائم بالطرفين وهو بهذا الوصف موضوع للخيار، وبعد الحكم بعدم الالتزام المرتبط ولو مع لحاظه وصفاً للشرط لا للعقد يحكم بعدم الخيار.

بل يمكن أن يقال: إنّ الموضوع للخيار حيث يكون مملوكيّة المتّصف بالوصف المفقود بالعقد الخاصّ فاستصحاب عدم كون المشتري مالكاً للمتّصف بالوصف المفقود كافٍ في عدم الخيار ولو لم يثبت به حال العقد وأنّه لم يحصل ملكيّة المتّصف بالوصف بالعقد الواقع، إذ الموضوع في الخيار مؤلّف من أُمور منها مملوكيّة المتّصف بالوصف المفقود.

وإن أبيت عن ذلك كلّه فيكفي استصحاب بقاء ملكيّة العوضين في الحكم باللزوم وكون قول المشتري مخالفاً للأصل. ◄

المسألة الخامسة: لو باع شاةً من قطيع أو عبداً من عبيد ولم يعيّن بطل، وكذا لو قال: بعتك هذا القطيع إلّا واحداً ولم يعيّن أو قال: بعتك واحداً منه على أن تختار ما شئت منه، وكذا لو باع ذراعاً من أرض لا على وجه الإشاعة بل كان المقصود به ذراعاً معيّناً*، وكذا يبطل لو فرّق الصيعان وقال: بعتك أحدها.

↲ **فتحصّل** من جميع ماذكرناه أنّ مقتضى القواعد هو التفصيل بين استقرار يد المشتري على الثمن ولو في ما إذا كان في يد البائع وعلم كونه أمانة بيده وكون يده متفرّعة على يد المشتري بأن يكون المبيع عند البائع ولم يحصل القبض فيقال: إنّ القول قول المشتري وفي صورة كون الثمن بيد البائع إنّ القول قوله مع يمينه، ومسبوقيّتها بيد المشتري غير مضرّة مع فرض كون السابق هو اليد الدالّة على الملكيّة. فتأمّل.

وفي صورة عدم يد منهما عليه يكون القول قول البائع أيضاً وكان فتوى المشهور ناظراً إلى الغالب من استقرار يد المشتري على الثمن بعد العقد ولو في بعض الآنات.

هذا ما تيسّر لنا الكلام في هذا الفرع، وهو الموفّق الهادي.

لو باع شاةً من قطيع أو عبداً من عبيد، وبيان صور المسألة

(*) **هذا كلّه** واضح على ما بنوا عليه **إذا كان** الشيء الّذي يضاف إليه المبيع مشتملاً على أجزاء مختلفة القيمة كما هو الغالب في القطيع من الغنم فإنّ المبيع مبهم والغرر حاصل.

وأمّا إذا كان الشيء المذكور ذا أجزاء متساوية من حيث القيمة إلّا أنّ التساوي بلحاظها كان لجهات مختلفة فالعبدان اللذان يكونان طرفين لإضافة المبيع وهو «أحدهما» يمكن أن يفرض كونهما متساويي القيمة لكن لا من جهة التماثل في الصفات بل من جهة الكسر والانكسار وتكافؤ نقص كلّ منهما بصفة كمال ليست في ↰

◄ الآخر، فيمكن أن يكون كذلك، لأنّه وإن لم يكن غرر في البين لأنّ المفروض هو التساوي من جهة القيمة لكن وصف المبيع غير معلوم، وقد مرّ لزوم العلم بالجنس والوصف.

لكن يمكن أن يمنع ذلك، من جهة عدم حصول الغرر؛ والقدر المتيقّن من الإجماع إن كان هو صورة الجهل، وهي أن يكون في البين واقع مجهول، ولا يكون في ما نحن فيه واقع مجهول، بل المبيع مبهم لا تعيّن له في علمه تعالى.

هذه صورتان من صور المسألة.

الصورة الثالثة أن يكون ما يضاف إليه المبيع ذا أفراد متساوية الصفات في ما له دخلٌ في الرغبات الدخيلة في الماليّة. ومثاله الصيعان المتفرّقة المشار إليها في المتن بقوله: «وكذا يبطل لو فرّق الصيعان...».

وفيها لا وجه للبطلان من حيث الغرر، ولا من جهة عدم معلوميّة كون المبيع واجداً للأوصاف الدخيلة في الماليّة، فإنّ أوصاف المبيع معلومة، فإنّ الفرض تماثل الأفراد في الصفات المرغّبة الدخيلة في الماليّة؛ بل الوجه في البطلان هو إبهام المبيع.

ولافرق في تحقّق الإبهام بين أن يكون متعلّقُ البيع في المثال الّذي في المتن من تفرّق الضيعان وبيع أحدها هو الكلّيّ البدليّ بدون دخالة الخصوصيّات والملازمات الفرديّة بحيث يكون المبيع هو الصاع المستقلّ في الوجود المتّصف بكونه من هذه الصيعان أو كان المفهوم المذكور ـ أي إحدى هذه الصيعان ـ مشيراً إلى خصوصيّات كلّ واحد من الصيعان، لأنّ إبهام الحصّة المنطبق عليها الكلّيّ كإبهام الخصوصيّات الفرديّة بلا فرق بينهما.

والوجه في مانعيّة الإبهام عن صحّة البيع أمران: أحدهما عقليّ والآخر شرعيّ:

أمّا العقليّ فلأنّ متعلّق الملكيّة لابدّ أن يكون موجوداً بالفعل أو صالحاً لأن يوجد كما في الكلّيّ في الذمّة. والمبهم غير قابل للوجود في الخارج، ولا معنى للاعتبار بالنسبة إلى ما لا يكون قابلاً للوجود في الخارج.

وأمّا الثاني ـ أي الشرعيّ ـ فلأنّه على فرض الغضّ عن الامتناع العقليّ فمادلّ ◄

◄على اعتبار العلم بالعوضين يقتضي البطلان.

لكن قد عـرفت عدم الدليل الشرعيّ على مانعيّة الإبهام، خصوصاً في مورد عدم لزوم الغرر وعدم الجهل بحصول الصفات الدخيلة في الماليّة.

وأمّا استحالة ذلك عقلاً فالظاهر أنّ ما ذكر في وجهه شبهة في مقابلة البديهة، فإنّ متعلّق الأوامر من الإيجابيّة والاستحبابيّة هو فرد مّا من الطبيعة، وكذا متعلّق الإرادات التكوينيّة المتعلّقة بصِرف وجود الشيء كإرادة شرب الماء وأكل الغذاء.

وحلّها من وجهين:

أحـدهما: أنّه ليس متعلّق الملكيّة في الذهن ولا في الخارج أمراً مبهماً مردّداً بين الشيئين، بل متعلّقها في الذهن هو مفهوم كلّيّ وهو الصاع الواحد من الصيعان الموجودة على وجه التفرّق، ومتعلّقها في الخارج هو هذا الفرد المعيّن إن فرض عدم تعلّقها بالآخر وذاك الفرد إن فرض عدم تعلّقها بالآخر. وذلك من جهة أنّ انطباق مفهوم الصاع الواحد على الخارج بدليّ يعني أنّ العقل يدرك انطباق المفهوم على كلّ واحد في ظرف فرض عدم الانطباق على الآخر، وهذا هو السرّ في التعيّن عند الانحصار.

ثـانيهما: أن يقال: إنّ المفهوم الّذي هو فـي الذهن هذا أو ذاك، فمفهومه هو الفرد المردّد لكنّه وجود ذهنيّ واحد، فهو فرد ومردّد بالحمل الأوّليّ وفرد واحد بالحمل الشائع نظير مفهوم «شريك الباري» ومفهوم «النقيضين»، وهو مورد لتعلّق الملكيّة بلحاظ الخارج، وفي الخارج لا إبهام في المتعلّق، بل الإبهام في الاعتبار بمعنى أنّه يعتبر ملكيّة هذا على فرض عدم اعتبار ملكيّة ذاك وبالعكس، كما أنّ العلم الإجماليّ كذلك فإنّه يعلم بحرمة ذلك عند فرض عدم حرمة الآخر، وكذا إرادة أحدهما فإنّه يريد ذلك عند فرض عدم إرادة الآخر.

وربما يؤيّد ذلك بل يدلّ على عدم مانعيّة الإبهام ولو مع اختلاف القيمة إذا لم يكن في البين غرر ـ بأن جعل اختيار المبيع بيد المشتري ـ ما رواه في الوسائل عن المشايخ الثلاثة بطرق عديدة عن محمّد بن مسلم عن أبي جعفر وأبي عبدالله عليهما السلام، قال: سألته ►

عن رجل اشترى من رجل عبداً وكان عنده عبدان، فقال للمشتري: اذهب بهما فاختر أيّهما شئت، ورُدّ الآخر، وقد قبض المال، وذهب بهما المشتري فأبق أحدهما من عنده، قال: «ليردّ الّذي عنده منهما، ويقبض نصف الثمن ممّا أعطى من البيع، ويذهب في طلب الغلام، فإن وجده اختار أيّهما شاء، وردّ النصف الّذي أخذ، وإن لم يوجد كان العبد بينهما، نصفه للبائع، ونصفه للمبتاع»[1].

بيان **الاستدلال** به على صحّة بيع المبهم أنّه لو كان محمل الخبر هو وقوع البيع على العبد الكلّي في الذمّة لا يستقيم ما في الذيل، **سواء كان الضمان على المشتري** من باب كونه المقبوض بالسوم، لأنّه بناءً عليه يجب على المشتري أداء قيمة الآبق وأخذ الآخر من باب كونه مصداقاً لما اشتراه إن كان الموصوف الكلّيّ منطبقاً عليه أو المطالبة بعبد آخر غيرهما إن لم يكن كذلك، **أو كان الضمان على البائع** من باب أنّ المال صار بيده بإذن البائع فيده يد أمانيّة على المال، لأنّه لايجب على المشتري حينئذٍ شيء وله الأخذ بالعبد الآخر أو مطالبة عبد ثالث على ما عرفت. فلا محالة لابدّ أن يكون الفرض وقوع البيع على أحد العبدين، وهو المتراءىٰ من الصدر من جهة أنّه مشعر بانحصار حقّه فيهما، فلو كان المشترىٰ عبداً كلّيّاً لما كان الحقّ منحصراً بهما، فتأمّل. وكون الدرك على البائع، من جهة أنّ التلف في زمن الخيار ممّن لا خيار له فإنّ فيه خيار الحيوان ثلاثة أيّام، فالآبق إن حوسب كونه للمشتري ينفسخ المعاملة ويستردّ الثمن وإن حوسب كونه للبائع لا يستردّ الثمن ويكون العبد له، فالعبد الموجود مردّد بين البائع والمشتري كما أنّ الثمن مردّد بينهما فيحكم بالتنصيف، وهو القاعدة المستفادة من الروايات الواردة.

ثمّ إنّه على فرض عدم صحّة بيع ما في الخارج بالنحو المذكور يمكن تصحيحه بالكلّيّ في المعيّن بنحو لا يسري إلى الخارج كما في الكلّيّ في الذمّة، فكما أنّ معنى مالكيّة الكلّيّ على الذمّة أنّه لابدّ أن يفي صاحبها به كذلك إضافته إلى الخارج بمعنى

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٦٨، الباب ١٦ من أبواب بيع الحيوان.

أنّ تلك الصبرة الخارجيّة ضامنة لوفاء ذلك وأنّها مضاف إليها. فكما أنّ ملكيّة الكلّيّ في الأوّل غير منطبقة على موجود في الخارج والانطباقَ يحصل حين الوفاء كذلك في الكلّيّ المضاف إلى الخارج، فهو أيضاً يمكن أن يكون غير منطبق على الخارج لكنّه مضاف إليه، وصِرف الإضافة لا يقتضي الانطباق كما في إضافة الكلّيّ إلى الذمّة.

وليس المقصود أنّ الكلّيّ مضاف إلى الذمّة ولكن اشترط أن يكون وفاؤه من الصبرة الخارجيّة حتّى يحكم بالخيار إذا لم يوف المشتري من الصبرة المخصوصة بل أوفاه من صبرة أُخرى لعدم الوفاء بالشرط ولكن يحكم بحصول القبض، **بل المقصود** أنّ تقوّم المبيع بالإضافة إلى الصبرة الخارجيّة كما في الإضافة إلى الذمّة.

إن قلت: المعروف أنّه إذا بقي من الصبرة بمقدار المبيع الكلّيّ يصير ذلك ملكاً للمشتري المالك للكلّيّ وهو ينافي عدم الانطباق على الخارج.

قلت: لعلّ ذلك مقتضى إضافة الكلّيّ إلى الصبرة في المثال المعروف، فإنّه لو كان تملّك المشتري متوقّفاً على إقباض البائع بحيث لو لم يقبض البائع ولو عصياناً لم يتملّك المشتري فلا تكون الصبرة ضامنة للمال، وكذا لو كان متوقّفاً على قبض المشتري بحيث لو امتنع المشتري عن قبضه لم يكن مالكاً وكان مالكاً لما في ذمّة البائع من غير هذه الصبرة لزم الخلف في الإضافة إليه.

إن قلت: ما ذكرته حقّ بالنسبة إلى الصاع من الصبرة غير المتفرّقة كما في المتن، وأمّا بالنسبة إلى الصيعان المتفرّقة فبيع صاع من الصيعان المتفرّقة المستقلّة من حيث الوجود الاتّصاليّ لابدّ أن يكون منطبقاً على الخارج.

قلت: لا أرىٰ فرقاً بين الفرعين، فكما يمكن أن يكون الوفاء بالصاع الموجود المجتمع على عهدة الصبرة كذلك يمكن أن يكون الوفاء بالصاع الموجود على وجه التفرّق على عهدة الصيعان الموجودة.

هذا ما وصل إليه النظر من دون البحث أو التدريس وليس ممّا تطمئنّ به النفس لكنّه أرجو أن لا يخلو عن الفوائد، وهو الموفّق الهادي.

ويجوز بيع جزء معلوم النسبة مشاعاً من معلوم تساوت أجزاؤه أو اختلفت، كنصف هذه الدار أو هذه الصبرة*.

ويصحّ بيع الصاع من الصبرة وإن كانت مجهولة الصيعان إذا عرف وجود المبيع فيها**،

(*) يريد بذلك عدم البأس بالبيع من حيث إنّ المبيع ـ مثلاً ـ نصف الشيء مختلف الأجزاء فلابدّ أن يكون أصل الشيء المضاف إليه المبيع معلوماً بالكيل أو الوزن أو العدّ أو المساحة أو المشاهدة، فلو لم يجز ـ مثلاً ـ بيع الدار بمجموعها قبل المشاهدة والمساحة فلا يجوز بيع نصفها قبل ذلك أيضاً.

قال السيّد الماجدؒ: ولم أجد في ذلك مخالفاً، وفي الرياض الإجماع عليه، وفي مجمع البرهان أنّ دليله ظاهر[١].

بيع الصاع من الصبرة والوجوه الّتي يمكن أن يقع عليها

(**) يقع الكلام بعون العلّام في مقامات:

المقام الأوّل:

قال السيّد الماجد: إذا باع صاعاً من صبرة متساوية الأجزاء وهي مجهولة الصيعان صحّ البيع إذا علم وجود المبيع فيها إجماعاً كما هو صريح حواشي الشهيد وظاهر التذكرة حيث قال: عندنا وعند الجمهور إلّا داود[٢].

المقام الثاني: أنّ العنوان المذكور يمكن أن يقع على وجوه:

منها: الكلّيّ الطبيعيّ المقيّد بالوحدة، وهي المستفادة من التنوين الدالّ على التنكير بأن يقول: «بعت صاعاً من تلك الصبرة» أو هي مستفادة من مادّة اللفظ الدالّ على

(١) مفتاح الكرامة: ج ١٣ ص ١٧١.

(٢) مفتاح الكرامة: ج ١٣ ص ١٧٢.

↲المقدار المحدود. ولا يخفى أنّه الظاهر من لفظ «بعت صاعاً من الصبرة» بل من لفظ «بعت الصاع من تلك الصبرة»،وذلك لأنّ مادّة الصاع كمادّةسائر المقادير كالمنّ والرطل ظاهر في المقدار المحدود بعدم الزيادة كالأعداد، فمتعلّق الملكيّة بناءً على ذلك ليس إلّا الصاع الواحد بدون خصوصيّة أُخرى.

ومنها: الكلّيّ الطبيعيّ اللابشرط عن الزيادة، وهو محتمل إذا كان عنوان البيع «بعت الصاع من تلك الصبرة»، بل يحتمل أيضاً فيما إذا كان العنوان هو النكرة بأن يقول: «بعت صاعاً»بأن يكون المراد أنّ الصاع الواحدهو الحدّ الأقلّ من العنوان المتعلّق للبيع.

ومنها: الفرد المنتشر. والفرق بينه وبين الكلّيّ المقيّد بالوحدة أنّ متعلّق البيع بالذات ليس في الثاني إلّا الصاع الواحد، وسائر الخصوصيّات الموجودة في الحنطة من اللون والوضع والمحاذاة خارج عن دائرة المبيع. وهذا بخلاف كون المبيع هو الفرد المنتشر، فإنّ أحد الصيعان بخصوصيّته داخل في دائرة المبيع، فعنوان أحد الصيعان في الكلّيّ المقيّد بالوحدة ملحوظ بنفسه كنفس عنوان الصاع، وفي الفرد المنتشر مشير إلى الخصوصيّات الموجودة في الأفراد، فالعنوان أيضاً عامّ وكلّيّ قابل للصدق على الكثيرين صدقاً بدليّاً إلّا أنّ المعنون الّذي جعل موضوعاً للبيع هو أحد الصيعان بخصوصيّاته الموجودة فيه بحيث يكون جميع الخصوصيّات مورداً لتعلّق اعتبار الملكيّة بها بالذات لا بتبع تعلّقها بأصل الكلّيّ القابل للانطباق بعد الانطباق على الفرد الخارجيّ بالقبض والإقباض. وهذا مثل الوضع العامّ والموضوع له الخاصّ حيث إنّ العنوان في كلّ من المسألتين عامّ ويتعلّق الحكم بتوسيط العنوان العامّ بالأفراد استيعاباً كما في ذاك المقام وبدلاً كما في هذه المسألة، فالعنوان المذكور يكون مشيراً إلى الأفراد بخصوصيّاتها.

ومنها: أن يكون متعلّق البيع هو الكلّيّ غير المنطبق على الخارج، بل يكون على الذمّة فإنّ ما في الذمّة يختلف سعةً وضيقاً، فكما أنّ ما في الذمّة قد يكون مطلق الحنطة وقد يكون هو الحنطة المضافةإلى مزرعة خاصّة قديكون ما في الذمّة هو الصاع من ↰

◄صبرة مخصوصة، فكما أنّ الكلّيّ في المثالين الأوّلين لايكون موجوداً في الخارج بل يجب وجوباً حقّيّاً على المشتغل ذمّته أن يوفي بذمّته على النحو الّذي اشتغلت ذمّته كذلك في المثال الثالث.

ومنها: أن يكون المبيع كلّيّاً في الذمّة لكن بشرط الإيفاء من الصبرة المخصوصة الموجودة في الخارج بأن يكون الشرط من قبيل الالتزام في الالتزام لا قيداً في المبيع بحيث تتضيّق دائرته.

ومنها: أن يكون المبيع أيضاً كلّيّاً غير موجود في الخارج كما في الكلّيّ في الذمّة لكن جعل في عالم الاعتبار على ذمّة الصبرة الموجودة في الخارج فللمشتري حقّ الأخذ منها والتملّك بدون أن يكون مالكاً فعلاً لفرد خارجيّ معيّن أو مردّد، فكما أنّ مرجع مالكيّة ما في ذمّة الشخص أو أثره الّذي بلحاظه اعتبرت الملكيّة والمالكيّة أن يكون للمالك حقّ أخذ مصداق ما يملكه ممّن في ذمّته بدون أن يكون مالكاً فعلاً لموجود خارجيّ كذلك بالنسبة إلى الصبرة فإنّ له حقّ الأخذ والقبض من الصبرة بدون أن يكون مالكاً فعلاً لفرد موجود في الخارج.

ولايخفى أنّ هذا الكلّيّ الّذي لا وجود لفرده في الخارج كالكلّيّ الطبيعيّ المتقدّم بيانه على قسمين:

فتارةً يكون مقيّداً بالوحدة ويكون بشرط لا من الزيادة، وأُخرى يكون من حيث الزيادة على الصاع بلا شرط بحيث يكون المملوك في الذمّة هو الموجود الخارجيّ المشتمل على صاع واحد.

والفرق بين القسمين يظهر في مقام الوفاء:

ففي الأوّل لو أوفى البائع زائداً عن الصاع الواحد لا يصير الزائد ملكاً للمشتري من باب الوفاء بل يبقى على ملك البائع، ولو وهب الزائد له أن يرجع في هبته.

وهذا بخلاف الثاني فله الوفاء بكلّ مقدار مشتمل على الصاع الواحد ولو كان صاعين أو أكثر،فإن أوفى الزائدعلى الصاع الواحد دفعةًبعنوان الوفاءيملكه المشتري►

وليس له الاسترداد منه، لأنّ تمام المال يكون منطبقاً عليه لعنوان المبيع.

نعم، لو أوفى صاعاً واحداً لا بعنوان الاكتفاء به في مقام الوفاء بل بقصد أن يكون الوفاء بالمجموع منه وما يوفي بعده زائداً عليه ففي تملّك المشتري للزائد بعنوان الوفاء وعدمه وجهان:

وجه الأوّل: أنّ تعيين المبيع الكلّيّ سواء كان من قبيل ما في الذمّة أو من قبيل الكلّيّ الطبيعيّ بيد البائع، والمفروض أنّه يعيّن الصاع المعطىٰ أوّلاً لأن يكون مصداقاً للمبيع بضمّ أن يكون ملحوقاً بما يعطيه من الزائد، فإنّ بناءه بالفرض أن يكون المجموع وفاءً، فالوفاء لم يحصل بالصاع الأوّل، لأنّ لقصده دخالة في ذلك، فما يحصل به الوفاء هو المجموع المعطىٰ بعنوان الوفاء ولو تدريجاً.

ووجه الثاني: أنّ قصد الوفاء بالزائد المعطىٰ ثانياً من قبيل الإتيان بمتعلّق الأمر بالطبيعة بقصد امتثال الأمر فكما أنّ ذلك محال لسقوط الأمر كذلك ما نحن فيه، لحصول الوفاء، لانطباق عنوان المبيع على المعطىٰ أوّلاً قهراً؛ فلو أمر المولى بالإتيان بالماء للشرب فله أن يأتي من أوّل الأمر بالماء الزائد عمّا يكفي للشرب وهو مصداق للامتثال، وأمّا إذا أتى أوّلاً بما يكفي للشرب فلا معنى للإتيان بالزائد بعد ذلك، لسقوط الأمر.

لكنّ البصير يعرف قوّة الوجه الأوّل وبطلان قياس المقام بباب الامتثال، فإنّ سقوط الأمر في باب الامتثال لا يتوقّف إلّا على الإتيان بمتعلّق الأمر، فإذا أتى به يسقط قهراً وليس لاختيار المكلّف وقصده مدخليّة في ذلك، من غير فرق بين التوصّليّات والعباديّات، إذ لا فرق بينهما إلّا في زيادة شرط أو جزء وهو قصد القربة. وهذا بخلاف ما نحن فيه، فإنّ ولاية التعيين بيد البائع، وهو لا يعيّن الصاع الأوّل لأن يكون بنفسه مصداقاً للوفاء، فلا يكون مصداقاً للوفاء حينئذٍ بل هو جزء لما هو المصداق له.

والحاصل: أنّ الكلّيّ غير الموجود في الخارج أيضاً ينقسم إلى القسمين المذكورين للكلّيّ الطبيعيّ الموجود في الخارج كما أنّه ينقسم الفرد المردّد إليهما أيضاً.

وحاصل الأقسام إلى هنا أنّ بيع الصاع من الصبرة إمّا أن يكون على وجه الكلّيّ

↲ الطبيعيّ، أو الفرد المنتشر، أو الكلّيّ في الذمّة بنحوٍ ضيق دائرته، أو بنحو الاشتراط، أو بنحو يتعلّق أوّلاً وبالذات بنفس الصبرة فيكون الصبرة بمنزلة الشخص.

وكلّ واحد من تلك الأقسام الخمسة على قسمين، لأنّه إمّا أن يؤخذ الوحدة قيداً وحدّاً وإمّا أن يكون المبيع لا بشرط من الزائد عليه فالأقسام عشرة.

ومنها: أن يكون المقصود به هو الإشاعة، وهي أيضاً من أقسام الكلّيّ الطبيعيّ لكنّ الكلّيّ المشاع هو المقيّد بالسريان في جميع الأجزاء، فليس المبيع هو صِرف ما يصدق على الصاع بل هو الصاع الساري في جميع أجزاء الصبرة، وكلّيّته من جهة كونه قابلاً للانطباق على كلّ قسمة من كلّ جزء فرض قابلاً للقسمة.

ويمكن أن يقال: إنّ المشاع هو الكلّيّ مع لحاظ كون كلّ واحد من المالكين مالكاً للخصوصيّات بالنسبة إلى ما يملكانه، فلو ملك كلّ واحد منهما النصف المشاع فمعنى ذلك أنّه ليس لأحدهما تطبيق نصفه على قسمة مخصوصة، فكلّ منهما يملكان النصف بلا ترجيح لأحدهما على الآخر، بخلاف الكلّيّ في المعيّن على ما سيجيء توضيحه إن شاء الله تعالى.

ومن هذا التعريف يظهر وجه ما هو المعروف من أنّ القسمة بين المشاعين إفراز لاتبديل. وليس المقصود في المقام تحقيق معنى الإشاعة، بل المقصود الإشارة الإجماليّة إلى الفرق بين الأقسام المتصوّرة في بيع الصاع من الصبرة الموجودة وأمثاله.

ومنها: أن يكون المبيع الصاع من تلك الصبرة المختار باختيار البائع، بأن يكون المبيع هو الكلّيّ المقيّد بذلك.

ومنها: أن يكون المبيع الصاع من الصبرة الموجودة في الخارج بشرط أن يكون الاختيار للبائع بنحو الالتزام في الالتزام.

ومنها: أن يكون المبيع هوالصاع منهاباختيار المشتري بنحوالتضيّق أوبنحو الشرط، فهو أيضاً على قسمين.

ومنها:أن يكون المبيع هو الصاع المعيّن عند البائع غيرالمعيّن عند المشتري،ويمكن أن يكون بالعكس بأن عيّن المشتري صاعاً خاصّاً فاشترى منه بنحو الإجمال فباعه.

مقتضى الدليل
صحّة جميع أقسامه البالغة ستّة عشر قسماً أو أزيد

المقام الثالث: الظاهر ـ لولا الإجماع الحجّة الكاشف عن رأي المعصوم، والظاهر تحقّق الشرط ـ صحّة جميع الأقسام المتقدّمة حتّى الفرد المنتشر، لأنّ الفرض تساوي الأجزاء فلا غرر.

والإشكال العقليّ مندفعٌ بمامرّ في التعليق الأوّل على المسألة. ومحصّله أنّ الترديد ليس في الفرد الخارجيّ بل الترديد في المتعلّق الاعتباريّ، وقد مرّ شرحه.

مضافاً إلى ورود صحيح بريد في بعض فروع المسألة، فعنه عن أبي عبداللهعليه‌السلام في رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طُنّ[1] قصب في أنبار بعضه على بعض من أجمة واحدة، والأنبار فيه ثلاثون ألف طُنّ، فقال البائع: قد بعتك من هذا القصب عشرة آلاف طُنّ، فقال المشتري: قد قبلت واشتريت ورضيت، فأعطاه من ثمنه ألف درهم، ووكّل المشتري من يقبضه، فأصبحوا وقد وقع النار في القصب فاحترق منه عشرون ألف طُنّ وبقي عشرة آلاف طُنّ، فقال: «العشرة آلاف طُنّ الّتي بقيت هي للمشتري، والعشرون الّتي احترقت من مال البائع»[2].

ولايخفى أنّ الظاهر منه هو المفروغيّة عن صحّة البيع، إذ ليس السؤال راجعاً إلى أنّه هل يصحّ البيع المذكور أم لا يصحّ؟ ، بل المسؤول عنه أنّ التلف الواقع هل يتوجّه إليهما أم يتوجّه إلى البائع؟ والظاهر أنّ مفروغيّة ذلك ليس لخصوصيّة في القصب بل هو على طبق الارتكاز.

والحاصل: أنّهلو كان الحكم المذكورصادراً من الابتداء بالنسبة إلى الطُنّ من القصب من المعصومعليه‌السلام فلابدّ من إلقاء الخصوصيّة. وأمّا الصحّة في المقام فليست مفاد

(١) «الطُنّ» بالضمّ: حُزْمة من حطب وغيره. من الوافي والمجمع.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٦٥، الباب ١٩ من أبواب عقد البيع وشروطه.

حكمه عليه السلام، بل الصحّة مسلّمة عند السائل بحيث لا يحتاج فيها إلى السؤال، ونقطع بأنّ الصحّة المسلّمة ليست لرواية واردة في خصوص القصب أو ما يكون معياره الظنّ أو ما يكون معياره العدد، والإمام عليه السلام قرّره على هذا الارتكاز.

ظهور عنوان بيع الصاع من الصبرة وأمثاله في الكلّيّ في المعيّن

المقام الرابع: الظاهر أنّ مثل العنوان المذكور في المتن ظاهر في الكلّيّ في المعيّن أي بنحو المحدود بعدم الزائد، لأنّك قد عرفت أنّ الإشاعة متضمّنة لخصوصيّة اُخرى، كما أنّ الحمل على الفرد المنتشر وكون الموضوع هو أحد الأفراد مع جميع خصوصيّاته يحتاج إلى جعل العنوان هو المشير وإلقاء ظهوره في الاستقلال. والحمل على الكلّيّ الذمّيّ المتعلّق بالخارج بأحد أنحاء التعلّق خلاف ظاهر إضافة التمليك إلى الصاع وإضافة الصاع إلى الصبرة الموجودة في الخارج، فإنّه لا فرق في نظر العرف بين أن يقال: «أحد هذه الصيعان لزيد» أو يقال: «بعت صاعاً منها».

والحاصل: أنّ الصاع مقدار خارجيّ والصبرة أيضاً من الموضوعات الخارجيّة، ولا ريب أنّ الظاهر أنّ هذا المقدار من الموضوع الخارجيّ مورد للتمليك. نعم، لو قال: «جعلت على عهدتك صاعاً من الصبرة الموجودة في الخارج» لم يكن ظاهراً في الكلّيّ الطبيعيّ الموجود في الخارج إن لم يكن ظاهراً في الكلّيّ الذمّيّ. ويدلّ على ذلك الصحيح المتقدّم في الجملة، فتأمّل.

وجوه الفرق بين الكلّيّ في المعيّن والمشاع وبيان الفرق الأوّل منها

المقام الخامس في الآثار المترتّبة على الأقسام المذكورة ووجوه الفرق بينها من حيث الأثر.

فنقول: الفرق بين الكلّيّ في المعيّن بنحو الكلّيّ الطبيعيّ الموجود في الخارج أو

◄الذمّيّ بجميع معانيه المتقدّمة وأقسامه المذكورة في المقام المتقدّم إلّا في ما إذا شرط أن يكون التعيين بيد المشتري يظهر في أُمور ذكرها الشيخ العلّامة الأنصاريّ ﵀:

الأوّل: أنّ التعيين يكون بيد البائع للكلّيّ.

قال﵀ في وجهه: لأنّ المشتري لا يملك إلّا الطبيعة المعرّاة عن التشخّص فلا يستحقّ على البائع خصوصيّة زائدة على الطبيعة[1]. انتهى ملخّصاً.

إن قلت: لو فرض كون الصبرة مشتملة على صاعين من الحنطة فباع المالك صاعاً منها فكما يملك المشتري صاعاًمن تلك الصبرة كذلك البائع يملك صاعاًمن تلك الصبرة، فكما أنّ مملوك المشتري ليس إلّا الصاع من الصبرة كذلك مملوك البائع ليس إلّا الصاع من الصبرة، فالمشتري وإن لم يكن مالكاً للخصوصيّة لكنّ البائع أيضاً لا يملك من الصبرة إلّا صاعاً فهو أيضاً لا يملك الخصوصيّة.

قــلت: حيث إنّ البائع كان قبل البيع مالكاً لجميع الصاع كان مالكاً للخصوصيّات أيضاً، فكان يملك ـ مثلاً ـ أن يبيع الصاع الشرقيّ أو يصرفه في مصارفه ويبقي الصاع الغربيّ على حاله، وما خرج بعد البيع عن ملكه ليس إلّا طبيعة الصاع ولكن مالكيّته لأن يبيع الصاع الشرقيّ ـ مثلاً ـ لم ينتقل إلى المشتري فهي باقية على حالها، فالبائع يملك صاعاً من الصبرة المشتملة على الصاعين بإضافة مالكيّة التصرّف في كلّ شخص من الصيعان إذا لم يكن مزاحماً لكون الطبيعة ملكاً للمشتري.

وممّا ذكرنا يظهر ما في ما ذكره بعض المحقّقين من المحشّين غفرالله له وطاب ثراه إيراداً على الكتاب من النقض بكسر المشاع أوّلاً وعدم الفرق بين البائع والمشتري وعدم معقوليّة معنىً لملك شخص للكلّيّ وملك آخر للخصوصيّات، بل الخصوصيّات بعد ملك أحد الشخصين لصاع كلّيّ الّذي لازمه ملك الآخر أيضاً لما بقي من الصياع الكلّيّة تكون بينهما ولا نعقل ملكاً يختصّ بالخصوصيّات عدا ملك الطبائع المتحصّلة فيها[2]. انتهى ملخّصاً. ►

---

(١) المكاسب: ج ٤ ص ٢٥٩.

(٢) تعليقه الإيروانيّ على المكاسب (الطبعة الحجريّة): ص ٢٠٣.

↙ إذ فيه أوّلاً: أنّ ملكيّة أصل الطبيعة غير ملكيّة الخصوصيّات، لقيام الضرورة على إمكان التفكيك، فإنّه يمكن أن يجعل اختيار التعيين والإفراز في ضمن شرط من جانب أحد الشركاء للآخر أو لثالث؛ فحينئذٍ يملك من عليه الشرط أصل السهم من النصف أو الثلث أو غيرهما بدون أن يملك الخصوصيّة، وفي المقام يقال: إنّ المالك كان مالكاً للخصوصيّة قبل البيع ولم يخرج عن ملكه إلّا ما يزاحم ما باعه من المشتري فهو كان مالكاً لأمر الصاع الشرقيّ من الصاعين والآن مالك له أيضاً إذا عيّن الغربيّ للمشتري، فإطلاق مالكيّته قد ارتفعت بعد البيع بأن يكون مالكاً لكلّ واحد من الصاعين بالخصوص ولو لم يعيّن الآخر للمشتري، وأمّا لو عيّن الآخر للمشتري فهو مالك للصاع المخصوص فيملك جميع جهاته في هذه الصورة.

وثانياً: على فرض عدم كون البائع مالكاً للخصوصيّة فلا دليل أيضاً على مالكيّة المشتري، فإنّ المشتري لا يملك إلّا الصاع من الصبرة الصادق على كلّ واحد من الصيعان؛ فلو تصرّف البائع في صاع بالخصوص من باب كونه ملكاً له بأن باعه أو أتلفه بالصرف في مصارفه فليس له الاعتراض عليه، لأنّه لا يملك إلّا ما يصدق عليه الصاع، وهو موجود، فلم يتصرّف في حقّه أصلاً.

والحاصل: أنّه على تقدير عدم كون البائع الّذي كان سابقاً مالكاً للخصوصيّة مالكاً لها فالمشتري أيضاً لايكون مالكاً لها، ولازم ذلك أن تكون الخصوصيّة غير مملوكة لأحد منهما فيجوز لكلّ منهما التعيين بنحو الاستقلال وليس للآخر الاعتراض عليه، لعدم تصرّفه في ملكه.

وثالثاً: ما ذكره من النقض غير معلوم المراد:

فإنّه إن كان مراده طاب ثراه النقض بصورة معلوميّة كون المراد من الكسر المشاعَ فهو غير وارد، إذ فرض العلم بالإشاعة فرض العلم بأنّ مالك السهم المشاع لا يملك كلّيّ النصف بل النصف الساري في جميع الأجزاء، فتصرّف الآخر بالإفراز تصرّف في مال الغير بدون إذنه. ↖

◄ وإن كان المقصود هو النقض بصورة أخذ عنوان الكسر متعلّقاً للبيع فيكون المقصود أنّه لم يحمل صورة ما لو باع نصفاً من الدار على الكلّيّ في المعيّن وحكم بسريان النصف في جميع أجزاء الدار **فالجواب أنّ ذلك** على الظاهر من باب الظهور العرفيّ من باب استقرار اصطلاحهم على ذلك حيث يعبّرون عن المشاع بالنصف أو الثلث.

وكيف كان، فالظاهر صحّة ما أفاده الشيخ العلّامة الأنصاريّ وإن كان كلامه لايخلو عن نقصان، إذ ما تصدّى له ليس إلّا بيان عدم مالكيّة المشتري للخصوصيّة، وقد عرفت أنّ صِرف ذلك غير مفيد، فلابدّ من ضمّه مع ما بيّنّاه من مالكيّة البائع للخصوصيّات؛ فالبرهان مركّب من أمرين: أحدهما: عدم مالكيّة المشتري للخصوصيّات، وهو واضح، وهو الّذي أخذه الشيخ المعظّم له في بيان مراده. ثانيهما: كون المالك البائع مالكاً لها، وهو الّذي بيّنّاه.

ثمّ إنّ الظاهر أنّ الأمر كذلك إذا كان المبيع هو الفرد المنتشر بناءً على تصويره، من جهة أنّه بناءً عليه وإن كان المشتري يكون مالكاً للخصوصيّة في الجملة إلّا أنّ مملوكه خصوصيّةٌ مّا لا خصوصيّة ممتازة غير قابلة للصدق على الكثيرين، فلا يملك المشتري على البائع إلّا أن يعطيه صاعاً مشتملاً على خصوصيّة من الخصوصيّات، وهو لا ينافي سلطان البائع على خصوص الصاع الشرقيّ مثلاً.

ولايخفى عليك أيضاً أنّ إجمال المطلوب وخفاءه إنّما هو في صورة كون الكلّيّ المشترىٰ هو الكلّيّ الطبيعيّ، وأمّا إذا كان هو الكلّيّ غير الموجود في الخارج بأنحائه الثلاثة المتقدّمة فالأمر واضح، لأنّ الصيعان الموجودة في الخارج كلّها ملك للبائع وليس واحد منها ملكاً للمشتري حتّى يكون له حقّ التعيين مشتركاً للبائع كما في المشاع، وليس له إلّا مطالبة ما يملكه من الكلّيّ غير الموجود في الخارج بأن يطبّقه البائع على فرد خاصّ ويقبضه المشتري.

ثمّ إنّه من الواضح أنّ ذلك إذا لم يجعل الاختيار للمشتري في ضمن اشتراء الكلّيّ: إمّا بأن يجعل المبيع هو الصاع المختار بنظره، أو يشترط أن يكون اختيار التعيين ◄

لنفسه، أو يجعل الحقّ لكليهما كما في المشاع؛ فالمقصود أنّ الكلّيّ في المعيّن إذا كان خالياً عن الشرط كان اختيار التعيين بيد البائع كما أنّ المشاع أيضاً كذلك، فتأمّل.

الفرق الثاني منها

الثاني من الأُمور الّتي ذكرها الشيخ المحقّق الأنصاريّ ﷺ في مقام الفرق بين المشاع والكلّيّ في المعيّن: أنّه في الكلّيّ في المعيّن لو تلف بعض الجملة وبقي مصداق الطبيعة انحصر حقّ المشتري فيه.

قال ﷺ: لأنّ كلّ فرد من أفراد الطبيعة وإن كان قابلاً لتعلّق ملكه به بخصوصه إلّا أنّه يتوقّف على تعيين مالك المجموع وإقباضه، فكلّ ما تلف قبل إقباضه خرج عن قابليّة ملكيّته للمشتري فعلاً فينحصر في الموجود[١].

أقول: هذا على فرض كون المبيع هو الكلّيّ غير الموجود في الخارج بأحد الأنحاء الثلاثة المتقدّمة ـ من كونه على ذمّة البائع لكن في خصوص الصبرة الموجودة أو بنحو الاشتراط أو بأن يكون على الصبرة ـ واضح، إذ جميع المال الموجود يكون ملكاً للبائع، فما تلف تلف من ملكه وليس للمشتري إلّا حقّ استيفاء ما يملكه بنحو الكلّيّ غير الموجود في الخارج من الصبرة الموجودة، وهو قابل للإيفاء فيجب وفاؤه بإعطاء ما يكون موجوداً ومصداقاً منحصراً للطبيعة بالفرض.

وأمّا على فرض كون المبيع هو الكلّيّ الطبيعيّ المقيّد بالوحدة الموجود في الخارج فما ذكره غير تامّ بحسب الظاهر، إذ كما أنّ سهم المشتري غير معيّن ويتوقّف تعيّنه على تعيينه وإقباضه كذلك سهم البائع أيضاً، ضرورة أنّ عدم تعيّن كلّ منهما مستلزم لعدم تعيّن الآخر؛ فما ذكره بالنسبة إلى المشتري جارٍ بالنسبة إلى البائع أيضاً. فكما أنّ سهم المشتري غير متعيّن ومتوقّف على تعيين البائع ولا قابليّة للتالف أن يكون مورداً

---

(١) المكاسب: ج ٤ ص ٢٦٠.

← للتعيين كذلك سهم البائع نفسه غير متعيّن قبل التلف ولا يكون التالف قابلاً لأن يكون مورداً للتعيين فلابدّ من بيان آخر:

فحينئذٍ يمكن أن يقال: إنّ الوجه في ذلك وجوب الإقباض والتعيين على البائع، فإنّ البائع هو الّذي يجب عليه إقباض حقّ المشتري وللمشتري المطالبة بذلك، وحيث إنّ البائع يقدر عليه فيجب عليه التعيين في الباقي وإقباض حقّه منه، وليس ذلك صِرف الوجوب التكليفيّ بل للمشتري حقّ أن يقبض ذلك منه.

ويمكن أن يقال: إنّه بعد تعيّن حقّه خارجاً في موجود خاصّ خارجيّ وليس للبائع إلّا الأداء منه أنّه يتعيّن قهراً، لأنّ الاحتياج إلى التعيين إنّما هو في صورة الترديد لا في صورة تعيّن الحقّ خارجاً في شيء خاصّ ليس لغيره المنع عنه فحينئذٍ انتزاع الملكيّة والاختصاص به قهريّ. وتتميم ذلك الوجه بهذا البيان من جهة أنّه لولا ذلك لأمكن أن يقال: إنّ مقتضى ذلك: وجوب التعيين على البائع فحينئذٍ يمكن أن يعصي ذلك ويعيّن المال لنفسه أو يبقي بلا تعيين فيحتاج المشتري إلى مراجعة الحاكم وإجباره على التعيين والإقباض، وهو غير المدّعى الّذي هو صيرورة الباقي ملكاً للمشتري.

الفرق الثالث منها

الثالث: من وجوه الفرق بين الإشاعة والكلّيّ في المعيّن ما ذكره طاب ثراه أيضاً بقوله: ومنها: أنّه لو فرضنا أنّ البائع بعد ما باع صاعاً من الجملة باع من شخص آخر صاعاً كلّيّاً آخر فالظاهر أنّه إذا بقي صاع واحد كان للأوّل، لأنّ الكلّيّ المبيع ثانياً إنّما هو سارٍ في مال البائع وهو ماعدا الصاع من الصبرة. فإذا تلف ماعدا الصاع فقد تلف جميع ما كان الكلّيّ فيه سارياً فقد تلف المبيع الثاني قبل القبض[1].

وقد أورد عليه المحقّقون من المحشّين من الإصفهانيّ والإيروانيّ وأوّلهم →

(١) المكاسب: ج ٤ ص ٢٦٠.

↲ المحقّق الخراسانيّ رحمه الله.

ومحصّل ما ذكره أنّ المبيع الأوّل بعد البيع الثاني أيضاً يكون سارياً في خصوص ماعدا الصاع، فلا ترجيح لأن يكون الصاع الموجود للأوّل دون الثاني كما إذا وقع البيعان دفعةً[1].

أقول: كون المبيع الثاني سارياً في غيرالصاع الّذي هو مورد للبيع الأوّل واضح، لأنّه لا يملك البائع تمام العشرة من الصبرة حتّى يجعل المبيع هو الصاع من مجموع العشرة.

وأمّا أنّ المبيع الأوّل يصير سارياً بعد البيع الثاني في غير صاع منها فممنوع، بل المبيع الأوّل مضاف إلى مجموع الصبرة من أوّل الأمر ومقتضاه أنّ للمشتري أن يطالب صاعه مادامت الصبرة موجودة بمقدار صاعه. ولاوجه لحصول التحديد من البيع الثاني، لأنّ شأن البيع الثاني ليس إلّا جعل المشتري الثاني بمنزلة البائع فيما يملكه، ولا يوجد للبائع مالكيّة جديدة حتّى ينتقل المبيع مقروناً بها إلى المشتري الثاني، فالصاع الثاني انتقل إلى المشتري الثاني مقروناً بكونه مورد حقّ للمشتري الأوّل بأن يقبض صاعه من الجملة الّتي هو من مجموعها بمطالبة البائع للتعيين، فإذا بقي من الجملة صاع واحد فكما لو لم يتحقّق البيع الثاني كان الصاع الباقي مورداً لحقّ المشتري الأوّل كذلك مع تحقّقه، إذ المشتري الثاني لا يزيد سلطانه على البائع فهو قائم مقام البائع، إذ لا يعقل أن يوجد البيع للمشتري سلطنة زائدة على ما كان للبائع، إذ ليس شأن البيع إلّا نقل ما يكون للبائع إلى المشتري.

نعم، حيث إنّ البائع مالك للخصوصيّة ـ على ما تقدّم وجهه في بيان الفارق الأوّل ـ فله قبل أن تصل الجملةإلى حدّ حقّ المشتري الأوّل أن يعيّن حقّ الثاني ويقبضه ويصير المبيع الأوّل بولاية البائع سارياً في غيره من الصيعان، فلو تلف بعد ذلك الكلّ وبقي صاع واحد قد عُيّن واُقبض للمشتري الثاني فليس للمشتري الأوّل أخذ ملكه المعيّن، لحصول التعيّن بالفرض الموجب لتحديد سراية الكلّيّ المبيع أوّلاً. ↰

(١) حاشية المكاسب للمحقّق الخراسانيّ: ص ١٢٨ ـ ١٢٩.

وحاصل أصل المطلب أنّ البيع الثاني موجب لنقل صاع من الصبرة إلى المشتري الثاني مع بقاء حقّ انطباق الصاع الأوّل على المجموع مادام لم يتعيّن.

ومن ذلك يظهر أنّ كلام الشيخ المؤسّس العلّامة حقّ في جميع الفروق الثلاثة إلّا أنّ في كلامه ﷺ نقصان.

وقد عرفت وجه النقصان في الأوّل والثاني.

وأمّا الثالث فلأنّه ليس الملاك لانحصار حقّ المشتري الأوّل صِرف محدوديّة المبيع الثاني بل هو وعدم محدوديّة المبيع الأوّل كما بيّنّاه، والعلّامة المؤسّس قد تصدّى للأوّل وأهمل الثاني مع أنّه أولى بالبيان.

صورة وقوع البيعين دفعة على صاعين أو وقوع بيع واحد من شخصين

ومن البيان المذكور يظهر وجه اندفاع النقض بوقوع البيعين دفعةً، فإنّ كلّاً منهما يتعلّق بغيرالصاع أو يتعلّق بالمجموع،وعلى كلٍّ نسبةالصاع الموجود إليهماعلى السويّة.

ويمكن أن يقال فيه بالتنصيف وأنّ المال بينهما كما اختاره المحقّق الخراسانيّ(١)، وتبعه تلميذه المحقّق الورع الإصفهانيّ تغمّدهما الله برحمته وغفرانه.

وقد علّله الثاني بأنّه وإن لم يبق لكلّ واحد منهما صِرف وجود الصاع ـ لعدم بقاء ما ينطبق عليه ـ لكنّه بقي لكلّ واحد منهما صِرف وجود نصف الصاع ببقاء ما ينطبق النصفان عليه، ومع القابليّة للانطباق لا يندرج تحت الدوران بين تطبيقه على كلّ واحد بالخصوص ليؤول الأمر إلى تخيير البائع(٢).

وفيه: أنّ قابليّة الانطباق على النصف لكلّ من المبيعين إن كانت مع قطع النظر عن مقتضى الآخر فلا تنحصر القابليّة المذكورة بالنصف، بل صِرف وجود الصاع الواحد

(١) حاشية المكاسب للمحقّق الخراسانيّ: ص ١٢٩.

(٢) حاشية المكاسب للمحقّق الإصفهانيّ: ج ٣ ص ٣٤٠.

◄قابل للانطباق، وإن كانت القابليّة المذكورة مع فرض اقتضاء المبيع الآخر فهي كما تكون ممنوعةً بالنسبة إلى تمام الصاع الواحد كذلك تكون ممنوعةً بالنسبة إلى النصف أيضاً، لوضوح وحدة الملاك؛ فلعلّ الأرجح تخيير البائع، لأنّه مالك للخصوصيّة على ما تقدّم تحقيقه، إلّا إذا تعيّن وصار مستحقّاً لأحدهما بالخصوص فالولاية على التعيين كانت قبل الانحصار محوّلةً إليه والآن كما كان، لعدم موجب لزوال حقّه. فإذا أُقبض من أحدهما ينفسخ البيع بالنسبةإلى الآخر، لتلف المبيع قبل القبض ـ على ما هو المعروف ـ بناءً على عدم الفرق بين التلف والإتلاف، وإلّا فلابدّ له من التدارك بالقيمة الواقعيّة من المثل أو القيمة، فتأمّل.

وممّا ذكرنا يظهر أنّه لا تصل النوبة إلى القرعة، لعدم الإشكال بعد ثبوت الولاية للبائع. ولا يرجع إلى قاعدة التنصيف الّتي ربما تستفاد من بعض الروايات الواردة في الوديعة وغيرها، لأنّ موردها أيضاً على الظاهر صورة الإشكال وعدم الدليل على ما يوضح الطريق، وهو العالم.

ثمّ لايخفى أنّ في حكم البيعين دفعة واحدة من نفسه ووكيله ـ مثلاً ـ بيع الصاعين بيعاً واحداً من شخصين فيجيء فيه ما تقدّم فيه من الوجوه من تخيير البائع أو القرعة أو التنصيف.

صورة تتابع البيوع المتعدّدة

ولايخفى أيضاً أنّه ظهر ممّا تقدّم من انحصار الحقّ بالمشتري الأوّل عند تتابع البيع واختلافهما في الزمان أنّه لا فرق في ذلك إذا كان التتابع في البيعين ـ كما في فرض كلام الشيخ المؤسّس‏ﷺ ـ أو بيوع متعدّدة، فلو باع صاعاً من صبرة مجموعها عشرة أصواع من شخص ثمّ باع صاعاً منها من شخص آخر ثمّ باع صاعاً آخر من ثالث ثمّ باع آخر من رابع وهكذا فبقي منها صاعان فهما للأوّل والثاني، ولو بقيت ثلاثة أصواع فهي للأوّل والثاني والثالث وليس للرابع شيءوهكذا،وذلك لأنّ المبيع الأوّل سارٍ في ◄

جميع الصبرة ولو ما صار ملكاً للمشتري الثاني، إذ لافرق بينه وبين البائع، والثاني سارٍ في غير ما صار للأوّل، والثالث سارٍ في غير ما صار للأوّلين، وهكذا.

حكم ما لو باع جميع الصبرة بالتدريج بنحو الكلّيّ في المعيّن

ثمّ لايخفى أنّه قد ظهر من مطاوي ما ذكرناه حكم ما لو باع جميع الصبرة بالتدريج صاعاً ثمّ صاعاً وأنّ الظاهر كون التعيين بيد البائع وإن لم يكن مالكاً للصبرة فعلاً، وذلك لأنّه مالك للخصوصيّة، فكلّ صاع معيّن إذا لوحظ كان المالك له ولخصوصيّته هو البائع ولذا كان له أن يملّك غيره صاعاً مخصوصاً معيّناً فيملك المشتري كلّيّ الصاع والخصوصيّة مجتمعاً، فكما له أن يملّك طبيعيّ الصاع والخصوصيّة مجتمعاً كذلك له أن يملّك طبيعة الصاع أوّلاً ويطبّقه على الصاع المخصوص في مقام الإقباض.

والحاصل: أنّ البائع مالك لكلّ صاع بخصوصيّته. فإذا ملّك الصاع الكلّيّ تبقى الخصوصيّة على ملكه، وهذا هو الّذي يساعده الارتكاز ووجوب الوفاء بالعقد على البائع، فإنّه لا معنى لدى العرف أن يبيع البائع الصاع ثمّ لايكون إقباضه بيده.

في الفرق بين بيع الصاع من الصبرة ومسألة استثناء الأرطال وبيان الإشكال في الفرق بين المسألتين

ثمّ إنّ هنا إشكالاً ذكره الشيخ المعظّم له، وهو أنّهم ذكروا فيما لو باع ثمرة شجرات واستثنى منها أرطالاً معلومة: أنّه لو خاست الثمرة سقط من المستثنى بحسابه، وحينئذٍ يقع الإشكال في الفرق بين المسألتين، حيث إنّ ظاهرهم الاتّفاق على تنزيلها على الإشاعة، والمشهور هنا التنزيل على الكلّيّ بل لم يُعرف من جزم بالإشاعة[1]. انتهى ملخّصاً.

(١) المكاسب: ج ٤ ص ٢٦١ ـ ٢٦٢.

بيان الإشكال على نحو آخر

أقول لعلّ الأرجح في بيان الإشكال أن يقال:إنّ مقتضى ماتقدّم وتقرّر:حمل عناوين المقادير ـ كالصاع والطنّ والرطل ـ إذا أُضيفت إلى جملة من المتاع الموجود على الكلّيّ في المعيّن، وعلى ذلك لابدّ أن يقال في مسألة المستثنى بأنّ المشتري هنا بحكم البائع هناك، فإنّ مقتضى بيع جميع الثمار إلّا أرطالاً معلومة: أنّ البائع لايملك من الثمار إلّا ما يصدق عليه طبيعيّ العنوان فلا يملك البائع خصوصيّة من الخصوصيّات، والمالك للخصوصيّات في المقام هو المشتري، إذ قد ملكه جميع ماله في الثمار إلّا أرطالاً معلومة وهو كلّي فاقد لجميع الخصوصيّات، فحينئذٍ يملك البائع على المشتري أرطالاً معلومة، والمفروض أنّ ما بقي مصداق لما يملكه فلابدّ من أن يكون متعلّقاً لحقّه.

الجواب عن ذلك

والجواب عن ذلك أنّ صِرف كون أحد الشريكين مالكاً للكلّيّ المعرّىٰ عن الخصوصيّة والآخر مالكاً للتعيّن لا يقتضي أن يكون الباقي حقّاً لمالك الكلّيّ، فإنّ الحكم بذلك هناك ليس بملاك ذلك، بل بضميمة أمر آخر وهو وجوب الإقباض على البائع، ولا يجب هنا الإقباض على المشتري، ولو وجب كان حاصلاً قهراً، إذ المبيع يكون في يد مالك الكلّيّ لأنّه البائع، فلا يجب على المشتري أن يقبض ما في يده من باب أنّه مصداق للكلّيّ المملوك للبائع.

والحاصل: أنّه لايجب على المشتري أن يعيّن حقّ البائع، لما عرفت، وليس للبائع أن يعيّن حقّ المشتري، لأنّه وإن كان يجب عليه الإقباض إلّا أنّه ليس له حقّ التعيين، بل لابدّ له من أخذ مجموع الثمار وإبقاء أرطال معلومة للبائع.

إن قلت:بناءً على ذلك وإن لم يتعيّن الباقي فعلاً في حقّ أحدهما لكن لا يحكم بالإشاعة أيضاً، بل هو مردّد بين أن يكون ملكاً للمشتري وأن يكون ملكاً للبائع،وحيث إنّه قد

◄ بيّن أنّ التعيين بيد المشتري فله أن يعيّن الباقي في ملكه وله أن يعيّن كلّه للبائع.

قلت: بعد ما تلف ما تلف قبل التعيين ولم يكن ترجيح بالنسبة إلى ما تلف أن يكون ملكاً لأحدهما فهو يكون ملكهما، لعدم التعيّن واستحالة الترجيح من غير مرجّح، فحينئذٍ قد تلف من مال المشتري بنسبة ما كان يملك، ولا يملك فعلاً إلّا بنسبة ما هو مالك بالنسبة إلى الموجود، فهو يملك فعلاً أن يعيّن ما يملكه، ولا بأس بذلك بأن يقال: إنّ الباقي فعلاً ليس مشاعاً بينهما بحيث يكون الإفراز منوطاً برضايتهما، بل هو أيضاً كالمجموع قبل التلف، فكما أنّ المجموع قبل التلف كان محوّلاً إلى المشتري كذلك الباقي أيضاً محوّل إليه، فيحسب التالف عليهما بالنسبة وبعد ذلك يأخذ حقّه ويبقى الباقي للبائع.

وممّا ذكرنا يظهر سرّ عدم التصريح بالإشاعة في كلامهم رضوان الله عليهم، بل حكموا بما حكموا من حساب التلف عليهما، وهو أعمّ من الإشاعة كما عرفت.

وإن شئت قلت: هو كالإشاعة الّتي جعل التعيين بيد أحد الشريكين في ضمن عقد لازم ـ مثلاً ـ وفرض تلف البعض قبل تعيين من بيده ذلك.

وممّا ذكرناه يظهر قوّة ما نقله الشيخ المعظّم له ﷺ في المكاسب(١) عن السيّد الماجد في مفتاح الكرامة: من أنّه يمكن الفرق بينهما بأنّ التلف من الصبرة قبل القبض فلزم على البائع تسليم المبيع منها وإن بقي قدره، فلا ينقص المبيع لأجله بخلاف الاستثناء فإنّ التلف فيه بعد القبض، والمستثنى بيد المشتري أمانة على الإشاعة بينهما، فيوزّع الناقص عليهما، ولهذا لم يحكم بضمان المشتري هنا بخلاف البائع هناك(٢).

ومن المعلوم أنّ مراده من التلف في مسألة الاستثناء بعد القبض إنّما هو قبض البائع، فإنّه ليس مفروضهم حصول قبض من المشتري بل كلامهم أعمّ، وله بعض قرائن أُخرى لا يخفى على البصير: مثل قوله: «والمستثنى بيد المشتري أمانة» وقوله: «ولهذا لم يحكم بضمان المشتري هنا بخلاف البائع هناك». والمقصود بحسب الظاهر أنّه لا يجب على ◄

---

(١) ج ٤ ص ٢٦٣.
(٢) مفتاح الكرامة: ج ١٣ ص ٤٩٦.

↲المشتري قبض الكلّيّ حتّى يجب على البائع التطبيق على الموجود.

ولقد أجاد فيما أفاد إلّا أنّ كلامه لا يخلو عن إجمال ونقصان، والحمدلله الّذي وفّقنا على رفعهما بحسب الظاهر، وهو الهادي.

لو أقبض البائع جملة الصبرة من المشتري وحوّل التعيين إليه

ومنه يظهرالكلام فيمسألة بيع الصاع من الصبرةإذا أقبض المبيعجملةمن المشتري وحوّل تعيينه إليه ولم يعيّن فتلف بعضها وأنّ الظاهر توجّه خسارة التلف إليهما.

الفرض المذكور مع عدم تحويل التعيين إليه

بل ولو أقبض المجموع منه بداعي أن يعيّنه البائع بنفسه بعد ذلك فلم يتّفق ذلك له وتلف بعضها، لأنّ ما كان واجباً على البائع من الإقباض قد امتثله، وأمّا تعيينه وإن كان واجباً عليه أيضاً إلّا أنّه بالنسبة إلى ما بقي للمشتري من المال. ومقتضى ورود التلف على سهم كلّ منهما لعدم التعيّن وعدم وجوب الإقباض المقتضي للتعيّن: عدم بقاء تمام مال المشتري فيجب عليه حينئذٍ التعيين بالنسبة إلى ما يملكه من السهم، فتأمّل.

هذا كلّه بعض ما يفرق به بين الكلّيّ في المعيّن بأقسامه والمشاع.

الفرق بين الكلّيّ الموجود في الخارج والكلّيّ الذمّيّ

وأمّا الفرق بين الكلّيّ الموجود في الخارج والذمّيّ غير الموجود في الخارج المضاف إلى جملة من المتاع المتحقّق فيه فلعلّ عمدته تظهر في النماءات والمنافع المتحقّقة له قبل الإقباض، فإنّه على فرض كون الملك هو ما في الخارج فيكون نماء سهم صاحب الكلّيّ له، بخلاف ما إذا كان المبيع هو الكلّيّ غير الموجود في الخارج المضاف إليه بأقسامه الثلاثة المتقدّمة،فإنّ المنافع الحاصلة للمتاع الخارجيّ المضاف↰

◄إليه يكون بأجمعها للبائع. هذا.

مضافاً إلى الفرق بينهما بـوضوح عدم حساب التلف إذا كان الباقي بمقدار الكلّيّ على المشتري، لأنّ المال بأجمعه للبائع، ووضوحِ كون التعيين بيد البائع، لكونه مالكاً للجميع وخفاءِ ذلك في الكلّيّ الموجود في الخارج، لكن عرفت أنّ الحقّ فيه أيضاً ذلك.

والحاصل: أنّه يظهر الفرق بينهما في الوضوح والخفاء بالنسبة إلى الأثرين المشار إليهما كما أنّه على فرض كون الكلّيّ في المعيّن هو الذمّيّ المضاف غير الموجود في الخارج؛ فالفرق بين مسألة الصاع من الصبرة ومسألة الاستثناء من الثمار ظاهر أيضاً، إذ ليس المستثنى منه في ذمّة البائع بل هو ظاهر أو صريح في إيكال البائع جميع ما يستحقّه إلى المشتري عدا الأرطال، والتعيين والخصوصيّة موكول إلى المشتري، كما أنّه كذلك بالنسبة إلى المستثنى، لأنّ مفاد الاستثناء هو البقاء على ملك المالك. ومالكيّة ذمّة المشتري تقتضي زوال ملكيّة البائع للعين وتبديلها بمالكيّة ذمّة المشتري وهو مخالف لمفاد الاستثناء، فالفرق بينهما أيضاً واضح على ذلك.

والحاصل: أنّه لو قيل بأنّ الكلّيّ في المعيّن الّذي لايحسب التالف على مالك الكلّيّ هو الكلّيّ في الذمّة المضاف إلى المعيّن لا غيره فعدم كون المبيع في مسألة الاستثناء هو الكلّيّ الذمّيّ وما استثني منه هو الكلّيّ الذمّيّ واضح.

الفرق بين الكلّيّ الذمّيّ
المشترط فيه أن يكون من الصبرة الموجودة وبين غيره

والفرق بين الكلّيّ الذمّيّ الّذي اشترط فيه بنحو الالتزام في الالتزام أن يكون من صبرة خاصّة ـ مثلاً ـ وبين غيره من الكلّيّ في المعيّن الذمّيّ يظهر في تلف الكلّ، فإنّه في الفرض المذكور ينفسخ البيع إذا تلف الكلّ أو أُتلف قبل القبض إذا كان الكلّيّ من قبيل الثاني، بخلاف ما إذا كان من قبيل الأوّل، لعدم تلف المبيع، من جهة عدم تقوّمه في مثل المثال المعروف بالصبرة الخارجيّة.

وهل ينزّل على الإشاعة؟ فيه نظر*؛ فإن جعلنا المبيع صاعاً من الجملة غير مشاعٍ بقي المبيع ما بقي صاع، وعلى تقدير الإشاعة يتلف من المبيع بالنسبة[١].

الفرق بين الذمّيّ المضاف إلى الصبرة بنحو التقيّد أوّلاً وبالذات والمضاف إلى البائع

ولعلّ **الفرق** بين الكلّيّ الذمّيّ المتعلّق بالمعيّن بنحو يكون على ذمّة البائع مضافاً إلى الصبرة وما لايكون إلّا على ذمّة الصبرة بأن تكون الصبرة في عالم الاعتبار كالبائع فيكون الصاع عليها يظهر فيما لو بقي مقدار لايفي إلّا بحقّ المشتري، فإنّه على الوجه الأوّل لا موجب لصيرورته ملكاً للمشتري، بل مقتضى القاعدة: بقاؤه على ملك البائع إلّا أنّه يجب على البائع وجوباً حقّيّاً موجباً لعدم كون الملك طلقاً أن يقبضه من المشتري ويكون نماؤه للبائع، بخلاف الوجه الثاني، فإنّ معنى كون الصاع على عهدة الصبرة لزوم أن تصير الصبرة ملكاً للمشتري ولايتلف إلّا وأن يصير ملكاً له، والمفروض أنّه لم يبق من الصبرة إلّا بمقدار صاع، فلو لم يصر ذلك ملكاً له بنفسه وكانت ملكيّته له متوقّفةً على تعيين البائع بحيث لو عيّنه وأقبضه صار ملكاً وإلّا لم‌يكن ملكاً له لم تف الصبرة بذمّته في عالم الاعتبار، فافهم وتأمّل فإنّه لا يخلو عن غموض.

وقد مرّ **الفرق** بين كون المبيع هو الصاع المحدود أو الصاع اللابشرط من الزيادة في مقام عروض الملكيّة فلا نعيده فإنّه قد طال الكلام في المقام، لكنّه أرجو أن يكون وافياً بحلّ المقام، وعليه التوكّل وبه الاعتصام.

في شرح المتن قوله: وهل ينزّل على الإشاعة؟

(*) **لايخفى أنّ الإشكال في مقامين:**

(١) من قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٢٤ ـ ٢٥.

المسألة السادسة: كلّ مجهول مقصود بالبيع لا يصحّ بيعه وإن انضمّ إلى معلوم*.

↲ أحدهما: ما علم أنّه لم يقصد المتعاقدان إلّا ما يستفاد من ظاهر اللفظ.

ثانيهما: ما علم أنّهما إمّا قصدا الكلّيّ في المعيّن بالخصوص وإمّا قصدا الإشاعة.

وقد تقدّم ما يقتضي الحمل على الكلّيّ في المعيّن في كلا المقامين.

وملخّصه: أنّ الإشاعة الّتي هي السريان في جميع الأجزاء أو تشريك للمشتري في مالكيّة الخصوصيّة قيد زائد على أصل تملّك الطبيعة، وظهور المعاملة في الإطلاق ينفيه.

ويدلّ عليه ما تقدّم[1] من الصحيح.

كلّ مجهول مقصود بالبيع لا يصحّ بيعه ولو مع الضمّ إلى المعلوم ويصحّ تبعاً

(*) المشهور كما في المكاسب[2] للشيخ العلّامة الأنصاريّ ﷺ عدم جواز بيع المجهول ولو ضمّ إلى المعلوم.

لكن في مفتاح الكرامة عن النهاية والوسيلة أنّ البيع صحيح في المسألتين (أي بيع السمك في الآجام مع ضمّ القصب إليه واللبن في الضرع مع المحلوب). وهو المنقول عن أبي عليّ والقاضي. ومال إليه المولى الأردبيليّ وصاحب الكفاية والكاشانيّ والشهيد في غاية المراد. وقال في حواشيه على القواعد: يجوز بيع اللبن مدّة معيّنة مع وزن المحلوب. وفي الخلاف: الإجماع على صحّة بيع السمك في الأجمة إذا باع معه ما فيها من القصب أو يصطاد شيئاً منه ويبيعه مع ما بقي فيه. وفي الغنية: الإجماع على الصحّة فيما إذا باع معه القصب. وفي المبسوط: رواه أصحابنا. ـ إلى أن قال: ـ ↖

---

(١) في ص ٤٢٩.

(٢) ج ٤ ص ٣٠٧.

والحاصل من التتبّع أنّ المشهور بين المتقدّمين هو الصحّة في المقامين (أي بيع السمك في الأجمة بضمّ القصب واللبن في الضرع بضمّ المحلوب) ولا سيّما في مسألة السمك، وإنّما حدث الخلاف من ابن إدريس. وفي الحدائق: أنّ المشهور بين المتقدّمين هو التفصيل بين ما إذا كان المجهول تابعاً فيصحّ ومقصوداً بالبيع فلا يصحّ. وهو خيرة المختلف وشرح الإرشاد والمسالك والروضة وغير ذلك[١].

أقـول: يستدلّ على جواز بيع المجهول إذا ضمّ إلى معلوم مطلقاً أو في خصوص بعض الموارد الّتي منها المسألتان اللّتان مرّت الإشارة إليهما بخبر الكرخيّ المتقدّم[٢].

وبمادلّ على جواز بيع الأجمة الّتي ليس فيها قصب بشيء من السمك.

وبمادلّ على جواز شراء جزية رؤوس الرجال وخراج النخل والآجام إذا علم من ذلك شيئاً واحداً قد أدرك المشار إليهما[٣].

وبمادلّ على جواز بيع اللبن في الضرع بضمّ المحلوب في السُكرُجة معلّلاً بأنّه إن لم يكن في الضرع شيء كان في السُكرُجة.

وبالتعليل الوارد في جواز بيع ما في بطون النعاج بضمّ الأصواف معلّلاً بأنّه إن لم يكن في بطونها حمل كان رأس ماله في الصوف المشار إليهما[٤].

ولا يـمكن ردّ الروايات المشار إليها بالإعراض وعدم عمل الأصحاب، فإنّك قد عرفت أنّ المشهور بين القدماء هو الصحّة في المسألتين، ولا مدرك لها غير ما أُشير إليه من الأخبار، وقد عمل بماورد في جواز بيع ما في البطون بضمّ الصوف بعض القدماء كالقاضي والحلبيّ على ما في مفتاح الكرامة[٥].

ولكن لايـخفى أنّه ليس مقتضى الروايات المتقدّمة: أنّ ضمّ المعلوم إلى المجهول مصحّح للبيع، فإنّ المحلوب في السُكرُجة غيرمعلوم الوزن،والشيء من السمك أيضاً

---

(١) مفتاح الكرامة: ج ١٣ ص ١٩٤ ـ ١٩٦.
(٢) في ص ٣٨٣.
(٣) في ص ٣٨٤.
(٤) في ص ٣٨٦.
(٥) ج ١٣ ص ٢٠١.

ويجوز مع الانضمام إلى معلوم إذا كان تابعاً*[١].

مجهول، والصوف على ظهر النعاج كذلك.

والمستفاد من التعليل أنّ الحكم على طبق القاعدة ومقتضاها كفاية وجود شيء معلوم الحصول في قبال الثمن في صحّة المعاملة. ومقتضى ذلك: هدم أساس اشتراط العلم بالمقدار الّذي تقدّم الكلام فيه مفصّلاً. ولعلّ استدلال مشهور المتقدّمين بالأخبار المذكورة من باب أنّ الضميمة المفروضة ممّا يرتفع عنه الغرر بالمشاهدة، فهي معلومة المقدار ولعلّ السُكْرُجة كيل معلوم.

لكن فيه ما لا يخفى، إذ رفع الجهالة في السمك بالعدّ والمشاهدة لا بصِرف المشاهدة مع عدم معلوميّة عدّه. وأمّا احتمال كون السُكْرُجة كيلاً فمع أنّه لم يذكر ذلك لم يفرض في الخبر أن يكون الظرف مملوّاً من اللبن حتّى يرتفع الجهالة بالكيل.

نعم، يمكن أن يقال: إنّ الصوف على النعاج كالغنم غير المسلوخ من الأموال الّتي تكفي المشاهدة في رفع الجهالة عرفاً.

بيان معنى التبعيّة

(*) ما يمكن أن يكون المقصود من «التابع» بحسب ما يقتضي كلامهم أُمور:

الأوّل: أن يكون مأخوذاً في البيع على وجه الشرطيّة لا على وجه الجزئيّة.

الثاني: أن يكون غير مقصود بالذات بحسب النوع، كالقليل من السمك في آجام ذات قصب كثير إذا كان المبيع القصب مع ما له من المتعلّقات الّتي منها السمك القليل.

الثالث: أن يكون غير مقصود بالذات بحسب شخص نظر المتعاقدين، بمعنى أن لا يكون غرضهما التمليك والتملّك بالنسبة إليه إلّا في رتبة تعلّق الغرض بتمليك الأصل وتملّكه.

---

(١) من قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٢٥.

◄ **الرابع**: أن يكون الشيء من التوابع الوجوديّة عرفاً، كالحمل بالنسبة إلى الدابّة واللبن مع الشاة والبيض مع الدجاج.

الخامس: أن لا يكون مقصوداً بالبيع إلّا وجه التبعيّة وإن كان الغرض الأصليّ متعلّقاً بتملّكه. ولعلّ المقصود بالتبعيّة في البيع أن يقصد تمليك الأصل في مقام الإنشاء ويقصد تمليك التبع بتمليك الأصل، فتمليك الأصل يحصل بالإنشاء وتمليك التابع يحصل بتمليك الأصل بأن يقصد التسبّب به إلى تمليك التابع.

السادس: أن يكون من التوابع العرفيّة في حصول الملكيّة وإن غفل عنه البائع والمشتري، ولم يقصد لا بالذات ولا بالتبع كمفتاح الدار.

لا إشكال في القسم الأخير، بل الظاهر عدم الخلاف في عدم قدح جهالته في صحّة البيع كما استظهره الشيخ العلّامة الأنصاريّ‌ﷺ في آخر كلامه[1].

وأمّا بالنسبة إلى باقي الأقسام فيمكن أن يقال: إنّ الملاك في عدم البطلان أحد الأمرين:

إمّا أن يكون الشيء ممّا يتسامح فيه عرفاً بحيث لا يزيد وجوده مقروناً بالمبيع زيادةً في ماليّة المبيع ولا ينقص عدمه في ماليّته، كالقليل من السمك بالنسبة إلى الآجام الكثيرة القصب فالظاهر عدم صدق الغرر ولا الجهالة بما هو ميزان الماليّة ومعيارها، وهذا هو الملاك في جواز البيع بالمشاهدة في بعض الأجناس كما مرّ.

وإمّا أن يكون تمليكه مقروناً بالبيع من دون أن يكون شرطاً أو جزءًا بأن لم يكن إلّا هبة مقرونة بالبيع، وذلك يحصل في الأُمور التبعيّة، وليس الملاك في عدم اشتراط العلم تبعيّته، بل الملاك عدم دخالته في المبيع والثمن لا شرطاً ولا شطراً.

هذا ما وصل إليه النظر عاجلاً وهو وليّ التوفيق ونعم الهادي.

---

(١) المكاسب: ج ٤ ص ٣٢٠.

المسألة السابعة: ما يختلف قيمته باختلاف الطعم والريح افتقر إلى معرفته بالذوق أو الشمّ*.

ويجوز شراؤه من دونهما بالوصف، فإن طابق صحّ وإلّا تخيّر**. والأقرب صحّة بيعه*** من غير اختبارٍ ولا وصفٍ بناءً على الأصل من السلامة،

الاكتفاء في ما يذاق ويشمّ بأحد الأمور من الشمّ أو الذوق أو التوصيف أو الاختبار السابق

(*) ملخّص كلامه أعلى الله مقامه أنّه لابدّ في صحّة البيع في ذلك من أحد الأمرين: إمّا الاختبار بالذوق أو الشمّ وإمّا الاعتماد على التوصيف.

وهذا من مصاديق وجوب معرفة الوصف الدخيل في الماليّة وقد تقدّم الكلام فيه(١).

وأمّا الاعتماد على توصيف البائع وإيقاع العقد مبنيّاً عليه فقد مرّ وجهه أيضاً(٢).

كما أنّه يستفاد ممّا ذكرناه(٣) من الاعتماد على الرؤية السابقة في ما يكفي فيه المشاهدة أنّه يمكن الاعتماد على الشمّ السابق والذوق كذلك بالشرط المذكور فيه إن قلنا به هناك، لعدم الفرق في ما هو الملاك.

ثبوت الخيار عند التخلّف

(**) من باب تخلّف الوصف المبنيّ عليه العقد. وقد مرّ وجه الحكم بالخيار في صورة التخلّف بنحو الإجمال في مسألة تخلّف المقدار المبنيّ عليه العقد. وباقي الكلام مربوط بباب الخيارات.

جواز الاتّكاء على أصل السلامة وشرح حقيقته

(***) هذا إذا كان الوصف المشكوك وجوده دخيلاً في صحّة المبيع، وحينئذٍ يعوّل ↖

---

(١) في ص ٤٠٩.　(٢) في ص ٤١٣.　(٣) في ص ٤١٤.

في وجوده على أصالة السلامة كما قال: «بناءً على أصالة السلامة».

ولايخفى أنّ البيع والشراء مبنيّاً على أصالة السلامة هو الّذي صرّح به في الشرائع[1] أيضاً.

قال السيّد الماجد بعد عبارة الكتاب: هذا خيرة الفاضلين والمتأخّرين كما في التنقيح، وهو المشهور كما في جامع المقاصد، وعليه الأكثر أو عامّة من تأخّر كما في الرياض، وبه صرّح في الشرائع والنافع وكشف الرموز وكتب المصنّف والإيضاح والدروس واللمعة والتنقيح والمقتصر وجامع المقاصد وإيضاح النافع والمسالك وغيرها[2].

أقول: ليس المقصود بالأصل المشار إليه استصحاب السلامة من جهة أنّ الخروج عن الخلقة الأصليّة من العوارض المسبوق بالعدم، فإنّه قد يكون المبيع معيباً من أوّل وجوده كمن تولّد أعمى أو بلايد.

وليس المقصود منه بناء العقلاء على معاملة السلامة بالنسبة إلى جميع الموجودات من باب غلبة السلامة وعدم الاعتناء باحتمال الخلاف، فإنّه لا غلبة بالنسبة إلى بعض الفواكه الّتي يسرع إليه الفساد، والغلبة في المجموع لا تورث الاطمينان بل ولا الظنّ بالنسبة إلى الجنس غير الغالب بقاء سلامته بعد يوم أو يومين؛ مع أنّ حجّيّة تلك الغلبة عند العقلاء والشرع ممنوعة جدّاً، فإنّهم يتفحّصون كثيراً عن صحّة المبيع وفساده ويبالغون في ذلك عند إرادة التزويج أو إذا كان العوضان مورداً للأهمّيّة لديهم.

وليس المقصود أيضاً من أصالة السلامة انصرافَ اللفظ إلى السالم، لعدم القول بذلك على ما أشار إليه الشيخ العلّامة الأنصاريّ في باب الأيمان والنذور، بل لعلّ مقتضى الإطلاق كفاية المعيب في الموارد المذكورة وفي الكفّارات والزكوات خصوصاً إذا كان مورد الزكاة البالغ حدّ النصاب معيباً.

(١) ج ١ و ٢ ص ٢٧٣.

(٢) مفتاح الكرامة: ج ١٣ ص ٤٣ ـ ٤٤.

فإن خرج معيباً فله الأرش إن تصرّف، وإلّا الأرش أو الردّ*.

ﻻ بل الظاهر أنّ المقصود بالأصل المذكور هـو الإطلاق في مقام البيع أو المصالحة الّتي تقوم مقامه، فإنّ من ليس بصدد التمويه والتدليس بناؤه على ذكر العيب أو التبرّي منه في مقام أخذ العوض الظاهر في أنّه بصدد أخذ السالم منه، ومن يكون بصدد ذلك لا يظهر غرضه، فالبائع في مقام البيع يكون بمثابة لو سئل عن سلامة متاعه لأجاب بأنّه سالم، فالإطلاق المذكور بمنزلة إخبار البائع بالسلامة. وقد مرّ الوجه في حجّيّة إخبار البائع ورفع الغرر به إذا كان العقد مبنيّاً عليه، فالأصل المذكور عبارة عن أصالة الإطلاق المثبتة لإخبار البائع بذلك.

ورفع الغرر به إمّا من باب حجّيّة إخبار البائع وإمّا من باب أنّ البناء عليه ووقوع المعاملة على ما أخبر به البائع والتزم به موجب لرفع الغرر.

ويترتّب على كون المقصود من الأصل هو الأخير لا ما ذكر أوّلاً أُمور:

منها: جواز الاعتماد عليه ولو في ما لم يكن المبيع مسبوقاً بالعلم بالسلامة.

ومنها: جواز الاعتماد عليه ولو في الأجناس والأمتعة الّتي يكثر فيها الفساد.

ومنها: أنّه لو اعترف البائع بالجهل بالسلامة أو تبرّأ من العيب فلايكون في البين أصل السلامة، فلابدّ من الاعتماد على أمر آخر حتّى يصحّ البيع وترتفع الجهالة: من قبيل إخبار الثقة أو الرؤية السابقة وغير ذلك.

ومنها: عدم الأصل المذكورفي الكفّارات والنذور والأيمان بل في الهبات والصدقات، إذ مرّ أنّ ذلك ليس من باب الانصراف إلى السالم بل انصراف اللفظ إلى الفرد السالم مقطوع العدم، وإلّا لجاز ارتكاب جميع المحرّمات إذا كان متعلّقها معيباً فيجوز شرب الخمر المعيب وأكل الخنزير المعيب وغير ذلك.

(*) كلّ ذلك على ما هو المعروف المتسالم عليه في باب خيار العيب، والكلام فيه موكول إليه، وفّقنا الله تعالى لذلك وهو الوليّ المرشد.

ولو أدّى اختباره إلى الإفساد كالبطّيخ والجوز والبيض جاز بيعه بشرط الصحّة*.

بيع ما يؤدّي اختباره إلى الإفساد

(*) الظاهر أنّ جواز بيعه في الجملة مورد للإجماع كما في مفتاح الكرامة[١] ومكاسب[٢] شيخنا الأنصاريّ ﷺ:

وإنّما الاختلاف في أنّه هل يجوز مطلقاً أو بشرط الصحّة أو بأحد الشرطين من الصحّة أو البراءة من العيوب؟

أمّاالقول الأوّل ففي مفتاح الكرامة:أنّ الأكثر ـ كما في المهذّب البارع والمقتصر ـ على أنّ ابتياعه جائزمطلقاً.وفي الرياض:أنّه الأشهر.وهو صريح المبسوط والسرائر والتحرير والمختلف والمقتصر وجامع المقاصد وغيرها، وظاهر الشرائع والنافع وغيرهما[٣].

وأمّا الثاني فقد حكاه السيّد المعظّم له عن المقنعة والمراسم[٤].

ونقل الثالث عن الوسيلة والنهاية وغيرهما[٥].

أقول: والدليل على أصل جواز البيع فيالجملة مع أنّه مجهول ولو مع العلم بالصحّة لاختلاف أفراد الصحيح كثيراً فكيف يكتفى باشتراطها في العقد هو السيرة المستمرّة كما صرّح بذلك في الجواهر[٦].

والدليل على الإطلاق هو الاعتماد على أصالة السلامة، إذ لا فرق بين ما يفسده الاختبار الموضوع للبحث وغيره في ذلك.

ويمكن أن يستدلّ للثاني بأنّه قد مرّ أنّ أصالة السلامة عبارة أُخرى عن إخبار البائع بالسلامة والتزامهبها من جهةإطلاق البيع وعدم التنبيهعلىالعيب أو التبرّي منه. ↖

---

(١) ج ١٣ ص ٥٢.

(٢) ج ٤ ص ٢٩٥.

(٣ و ٤ و ٥) مفتاح الكرامة: ج ١٣ ص ٥٢.

(٦) ج ٢٣ ص ٦٩٧.

↲ والظاهربل المعلوم أنّ الإطلاق المذكور إنّما هو في‌ما يمكن اختباره من غيراستلزامه للفساد، وحينئذٍ فالبائع لم يختبر المبيع حتّى يحكم بالصحّة، فعدم التنبيه على العيب من باب عدم العلم بالعيب من جهة عدم الاختبار، لا من باب عدم وجود العيب، فليس السكوت عن العيب دالاًّ على أنّه في مقام بيان عدم العيب؛ فليس في البين ما يعتمد عليه في رفع الجهالة ورفع الغرر إلّا أن يشترط المشتري على البائع الصحّة حتّى يرتفع بذلك الجهالة من جهة أنّ ما هو مملوكه المبيع الصحيح فهو يملك وصف الصحّة أو من جـــهة أنّ المقصود بالتوصيف المذكور إخبار البائع بكونه صحيحاً وبيعه ملتزماً بها، لاصِرف البيع بشرط الصحّة مع عدم الاطّلاع عليها، فإنّ الالتزام بها المقرون بإظهار عدم الاطّلاع عليها لا يخلو عن التهافت.

ويمكن أن يستدلّ للثالث ـ : من أنّ الشرط أحد الأمرين: إمّا التوصيف بالصحّة والالتزام بها أو التبرّي عن العيوب ـ بأنّه قد تقدّم في بيان وجه الثاني عدم الاتّكال على أصالة السلامة، لعدمها في المقام، فلابدّ إمّا من التوصيف بالصحّة لرفع الغرر والجهالة ولو بالنسبة ـ كما تقدّم وجهه ـ وإمّا التبرّي عن العيوب حتّى يدخل في الدليل الدالّ على صحّة البيع إذا تبرّأ البائع عن العيب، كصحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام:

قال: «أيّما رجل اشترى شيئاً وبه عيب وعَوار لم يتبرّأ إليه ولم يبيّن له، فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً ثمّ علم بذلك العوار وبذلك الداء، أنّه يمضي عليه البيع ويردّ عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به»[1].

فإنّ مفهوم الشرط المذكور أنّه إن تبرّأ من العيب لا يترتّب ما في المنطوق من الحكم. وما في المنطوق هو لزوم البيع وحقّ أخذ الأرش، فالمجموع منتفٍ، وليس انتفاؤه بانتفاء اللزوم بأن يكون الحكم عند التبرّي هو الخيار وحقّ أخذ الأرش، فيكون المقصود بالنسبة إلى صورة التبرّي هو انتفاؤه بانتفاء حقّ أخذ الأرش، فيكون محصّله أنّه في صورة التبرّي ليس له أخذ الأرش ولازم ذلك الصحّة. ↰

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٣٠ ح ٢ من ب ١٦ من أبواب الخيار.

فإن كسره المشتري فخرج معيباً فله الأرش خاصّةً إن كان لمكسوره قيمة، والثمن بأجمعه إن لم يكن كالبيض الفاسد(١)*.

↲ والمناقشة فيه بـ«أنّ الصحيح ليس في مقام بيان صحّة البيع مع التبرّي عن العيوب، بل هو في مقام بيان ما هو الشرط في اختيار الفسخ وأخذ الأرش في البيع المفروض صحّته، ولو فرض أنّ المشتريَ حصل له العلم بعدم العيب من الخارج والبائعَ كان عالماً بعدمه والتبرّيَ منه وقع منه لبعض المصالح» مدفوعةٌ بأنّه لمّا كان الغالب في صورة التبرّي من العيب تحقّق الجهل فلو كان مانعاً عن صحّة البيع لكان على المتكلّم التنبيه عليه، فهو من قبيل الإطلاق المقاميّ المتمسّك به لطهارة الدم المتخلّف في الذبيحة بما دلّ على جواز الأكل بعد الذبح، فتأمّل.

وكيف كان، فلا إشكال في البيع إذا صار المشتري مطمئنّاً بالصحّة ولو من جهة توصيف البائع ولم يكن سائر صفاته الدخيلة في الماليّة مجهولاً كالبيض والجوز، وإلّا فالأحوط المصالحة.

لو كسره المشتري فخرج معيباً

(*) لابأس بالإشارة إلى صور تبيّن الفساد وبيان أحكامها بعونه تعالى بنحو الاختصار، فنقول:

الأُولى منها: أن تبيّن العيب قبل الكسر وكان معيوباً ذا قيمة ولم يعدّ المعيوب والخالي عنه جنسين متفاوتين.

لا إشكال في الصورة المذكورة في ثبوت الخيار بين الفسخ والإمضاء بدون أخذ الأرش أو الإمضاء مع أخذ الأرش.

الثانية أن يكون كالأُولى لكن يعدّ المعيوب والخالي عنه جنسين مختلفين، كالجوز ↰

---

(١) من قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٢٢.

ﻫ البالغ فساده إلى حدّ لاينتفع به إلّا للإحراق، فإنّه ذو قيمة بعنوان كونه حطباً قابلاً للإيقاد لا بعنوان كونه جوزاً.

لايبعد أن يكون الحكم فيه هو البطلان كما قوّاه الشيخ الأنصاريّ ﷺ[١].

ووجهه واضح.

الثالثة: أن لايكون لفاسده مع عدم الكسر قيمة.

والظاهر فيه أيضاً بطلان البيع، لتبيّن وقوعه على ما ليس بمال.

الرابعة: أن يبيّن فساده بالكسر وكانت له قيمة مع فرض الفساد وكان المعيوب والسالم جنساً واحداً عرفاً.

لا إشكال فيها في استحقاق الأرش. وأمّا الردّ فالمشهور على عدم استحقاقه، من جهة التصرّف المغيّر للعين، وهو مسقط للردّ في خيار العيب. وقيل: إنّه لو كان التصرّف بمقدار استعلام حال المبيع فهو غير مسقط للردّ، وكأنّه لانصراف الدليل إلى غير ذلك. وهو ممنوع.

ثمّ لايذهب عليك أنّه يلاحظ في أخذ الأرش التفاوت بين الصحيح والفاسد غير المكسور، فإنّ النقص الحاصل بالكسر وقع بيد المشتري ولا يكون البائع ضامناً له.

الخامسة: أن يتبيّن فساده بالكسر ولم يكن لمكسوره قيمة ولكن كانت لفاسده غير المكسور ماليّة واقعيّة، كالفنفوريّ الّذي انكشف كونه مشتملاً على الحصاة الموجبة لعروض الكسر عليه فيكون عيباً بالنسبة إليه ولكن ليس لمكسوره قيمة أصلاً.

ولاريب أنّ مقتضى القاعدة في مثله سقوط الخيار وثبوت الأرش خاصّة، إذ الملاك هو ملاحظة المعيب قبل عروض الكسر عليه، فإنّ الكسر حاصل في يد المشتري ولايكون مضموناً على البائع.

السادسة: أن يكسر ويستكشف بعد الكسر أنّه كان فاسداً قبله بحدّ لا ماليّة له أو بحدّ يكون جنساً آخر متفاوتاً للمبيع. ﻫ

---

(١) المكاسب: ج ٤ ص ٢٩٦.

◄ وظاهرهم في الشقّ الأوّل بطلان البيع من رأس كما صرّح به الشيخ‏ والحلّيّ والعلّامة في التذكرة مستدلّين بوقوعه على ما لا قيمة له كما في المكاسب[١] للعلّامة الأنصاريّ.

لكن هنا وجهان آخران:

أحدهما: الانفساخ وبطلان البيع بعد الكسر وانكشاف الفساد.

وهو الّذي يظهر ممّا حكي عن الدروس[٢].

والوجه في ذلك أنّ البيع صحيح قبل الكسر وانكشاف الفساد، لأنّه كان المبيع مالاً واقعاً، فإنّ احتمال الصحّة موجب لبذل المال واقعاً بإزائه، فهو كالقناة المتروكة الّتي يمكن أن يستخرج منها الماء ويمكن أن تبقى بائرةً ولا تكون صالحةً لذلك. وبعد الكسر حيث انكشف الفساد وخرج المبيع عن الماليّة وكان خروجه عنها مسبّباً عن الفساد الّذي كان قبل البيع عليه فيكون ذلك مضموناً على البائع، لأنّه ملحق بتلف المبيع قبل القبض، فإنّ الخروج عن الماليّة تلفٌ عرفاً، وحيث إنّه مسبّب عن الفساد الموجود قبل القبض فيكون بحكمه، نظير اشتراء العبد المسموم الّذي لايمكن علاجه لكن اختمل كونه قابلاً له، أو بيع العبد سالماً فسمّه البائع، أو صار مسموماً قبل القبض بحيث يقطع بموته وعدم قابليّته للعلاج.

ثانيهما: ما يستفاد من مطاوي كلام صاحب الجواهر من صحّة البيع حدوثاً وبقاءً وعدم الانفساخ إلّا أنّ العيب المنكشف حيث يكون مستوعباً لجميع الثمن فيستحقّ المشتري ذلك لا من عين الثمن، وذلك لأنّه مقتضى صحّة البيع الّذي يكفي فيه الماليّة المتحقّقة فيه واقعاً ولو من جهة الاحتمال، وضمان العيب السابق على حصول المبيع بيد المشتري[٣].

قال الشيخ الأنصاريّ في ردّ ذلك ما يرجع إلى أُمور أربعة:الأوّل: وضوح كون ◄

---

(١) ج ٤ ص ٢٩٧.

(٢) حكاه عنه في المكاسب: ج ٤ ص ٢٩٧.

(٣) راجع جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٧٠٤.

المالية عرفاً وشرعاً من حيث الظاهر، وبعد انكشاف الفساد فالمبيع محكوم بعدم كونه مالاً واقعاً من أوّل الأمر.

الثاني: أنّ العيب المخرج للماليّة ـ وهو العلم ـ حدث في ملك المشتري.

الثالث: لو أُغمض النظر عن ذلك فهو كالأرمد يعمى بعد الاشتراء والمريض يموت.

الرابع: فوات الماليّة يعدّ تلفاً لا عيباً[1].

أقول: ليست الماليّة متقوّمة بوجود المنافع واقعاً، بل ملاكها عند العرف ببذل الشيء بإزائه، والاحتمال موجب لذلك بلا إشكال، فإنّه لا فرق بين مورد البحث ومثال القناة المتقدّم.

مع أنّه يمكن أن يقال: إنّه يكفي في صحّة البيع واقعاً الماليّة الظاهريّة، لأنّ اشتراطها في صدق البيع ليس من الأُمور التعبّديّة حتّى يؤخذ بإطلاق دليله، بل هو أمر عقلائيّ عرفيّ ليس إلّا من باب كون البيع عقلائيّاً غير سفهيّ، ولاريب أنّ احتمال الصحّة المستلزم لاحتمال الماليّة على الفرض كافٍ في صحّة البيع وكونه عقلائيّاً.

هذا بالنسبة إلى الإشكال الأوّل.

وأمّا الثاني ففيه أوّلاً: أنّ العلم بالعيب ليس من العيوب العرفيّة حتّى يكون مضموناً على المشتري من جهة كونه حادثاً في يده، فتأمّل.

وثانياً: أنّ الدليل الدالّ على الرجوع بالعيب المعلوم وأخذ التفاوت ما بين الصحيح والمعيب صريح في أنّ تقليل القيمة الحاصلة بالعلم بالعيب لا يكون مضموناً على المشتري.

والحاصل: أنّ الإشكال سارٍ في جميع موارد العلم بالعيب. والفرق بين المقام وسائر الموارد من حيث كون العلم في المقام موجباً لسلب الماليّه وفي غيره موجباً للتقليل فيها غير فارق.

ومنه **يظهر الجواب** عن الثالث، فإنّ العلم بالعيب ليس كالموت الحاصل في يد

---

(١) راجع المكاسب: ج ٤ ص ٢٩٨.

المسألة الثامنة: رؤية بعض المبيع كافية إن دلّت على الباقي*، لكونه من جنسه كظاهر صبرة الحنطة، ثمّ إن وجد الباطن بخلافه تخيّر في الفسخ**.

المشتري عرفاً، ولو كان كذلك فلاريب أنّ مقتضى الدليل الدالّ على لزوم ردّ الأرش في جميع الموارد: عدم ضمان المشتري للنقص الحاصل بتوسيط العلم.

وأمّا الرابع ففيه: أنّه لا يقال: إنّ فوات الماليّة عيب بل الفساد المستكشف الموجب لفوات الماليّة عيب كما في سائر الموارد، فإنّ العيب ليس هو النقص في الماليّة الحاصل بعد كشف العيب، بل هو النقص عن الخلقة الأصليّة الموجب للنقص في الماليّة.

ومن جميع ما ذكر يظهر أنّ الوجه الأخير الّذي يظهر من الجواهر اختياره لا يخلو عن رجحان.

رؤية بعض المبيع كافية

(*) **إذا كانت موجبةً للعلم أو الاطمينان فيصحّ حينئذٍ مطلقاً، وكذا إذا كانت موجبةً للظنّ المورد للاعتبار في العرف، فيمكن أن يقال بصحّته إذا وقع البيع مبنيّاً على توافق الباطن للظاهر وكان ذلك بمنزلة الاشتراط كما مرّ في التوصيف، وذلك لدفع الغرر بذلك والخروجِ عن كون البيع جزافاً إذا كان في البين دليل ظنّيّ مورد للاعتبار العرفيّ كما هو المفروض.**

هذا على مسلك المشهور.

وأمّا بناءً على ما تقدّم منّا[1] من عدم الدليل على اشتراط العلم بالوصف فالأمر واضح.

(**) **هذا واضح إذا كان البيع مبنيّاً على توافق الباطن للظاهر في الوصف الموجود فيه، لأنّه من باب تخلّف الوصف المشروط.**

---

(١) في ص ٤١١.

ولا تكفي رؤية ظاهر صبرة البطّيخ ورأس سلّة العنب والفاكـهة. ولو أراه أُنموذجاً وقال: «بعتك من هذا النـوع كـذا» بـطل*، لأنّـه لم يـعيّن مـالاً ولاوصَفَ. ولو قال: «بعتك الحنطة الّتي في البيت وهذا الأُنـموذج مـنها» صحّ إن أدخل الأنموذج لرؤية بعض المبيع، وإن لم يُدخل عـلى إشكـال ينشأ من كون المبيع غير مرئيّ ولا موصوفٍ، إذ لا يمكن الرجوع إليه عند الإشكال بأن يفقد.

↲ لكن يبقى الكلام في أنّ الخيار هل يكون بالنسبة إلى الباطن لأنّ تخلّف الوصف إنّما هو بالنسبة إليه، أو يكون بالنسبة إلى المجموع لأنّ اتّصاف الباطن بالوصف الموافق للظاهر إنّما هو شرط أُخذ في أصل العقد. ومنشأ الخيار ليس تخلّف الوصف عن الموصوف بما أنّه وصف لذلك الموصوف، بل بما أنّه شرط في البيع فتخلّف الوصف مرجعه إلى تخلّف الشرط؟ وجهان. وكذا الوجهان فيما إذا لم يكن البيع مبنيّاً عليه بحيث أُخذ التوافق شرطاً ضمنيّاً في البيع، ومنشؤهما عدم الاشتراط. فلا يكون خيار في البين، لما عرفت من أنّ الخيار في تخلّف الوصف إنّما هو من جهة تخلّف الشرط وإطلاقِ الرواية الواردة في رؤية بعض الضيعة وعدم رؤية بعضها الآخر الآتية إن شاء الله تعالى في ذيل المسألة.

إراءة الأُنموذج

(*) وهو موافق لما حكي عن الدروس:

فقال السيّد الماجد: وفي الدروس: يكفي رؤية البعض فيما يدلّ على الباقي وينبغي إدخاله في العقد فيبطل بدونه على الأقرب(١). ↖

---

(١) مفتاح الكرامة: ج ١٣ ص ٢١١.

◄ وقد ذكرﷺ وجه الجزم بالبطلان في المتن.

وملخّصه أنّ الجنس والوصف غير معيّن، لأنّ المفروض عدم تعيّن الجنس إلّا كونه من نوع الأُنموذج المرئيّ.

وبذلك ظهر الفارق بين هذا الفرع وما ذكرهﷺ بعد ذلك: ولو قال: «بعتك الحنطة الّتي في البيت» في‌ما إذا لم يدخل الأُنموذج في المبيع حيث جزم بالبطلان في الأوّل وتردّد في الثاني، فإنّ الفارق هو معلوميّة الجنس في الثاني دون الأوّل.

لكن يمكن أن يقال: إذا كان المفروض كفاية الرؤية عن التوصيف بالنسبة إلى نفس المبيع من حيث معرفة الجنس والوصف وكذا كان المفروض أيضاً كفاية التوصيف عن الرؤية بالنسبة إليه من جهة معرفة الجنس أو الوصف فلا وجه للحكم بعدم كفاية رؤية الأُنموذج، سواء كان في مقام معرفة الجنس والوصف أو كان في مقام معرفة الوصف، إذ البطلان إمّا أن يكون بملاك أنّ رؤية الأُنموذج لا تكفي لمعرفة جنسه ووصفه، وهو مفروض البطلان، إذ لو لم تكف لها لم تكف لمعرفة جنس المبيع ووصفه أيضاً، وإمّا أن يكون بملاك أنّه بعد معرفة جنس الأُنموذج ووصفه لايكون توصيف البائع بأنّ المبيع من هذا النوع حجّةً للمشتري ووافياً لرفع الجهالة، وهو أيضاً مفروض البطلان، إذ المفروض كفاية التوصيف عن المشاهدة خصوصاً في الكلّيّ المبنيّ على ذلك.

ويمكن أن يكون مقصودهﷺ من الفرع المبحوث عنه المحكوم فيه بالبطلان جزماً هو ما إذا كان المقصود من إراءة الأُنموذج بيان جنس المبيع وإراءة أُنموذج نوعه لافي جميع الجهات، بخلاف الشقّ الثاني، فإنّ الأُنموذج يكون من نفس الحنطة الّتي في البيت فيكون المرئيّ أُنموذجه في جميع الجهات؛ فيكون الملخّص الفرقَ بين إراءة أُنموذجه في النوع فلا يكفي لعدم تعيّن الوصف وإراءة أُنموذجه نوعاً ووصفاً فيصحّ.

والإنصاف: أنّ التوجيه المذكور جيّد لا يأبى عنه ظاهر العبارة.

وبذلك يندفع ماعن جامع المقاصد من المطالبة بالفرق بين الشقّ المحكوم بالبطلان ◄

↲ جزماً والمورد للإشكال[1].

وكيف كـان، محصّل الكلام في المسألة أنّ مقتضى كفاية كلّ واحد من المشاهدة والتوصيف في صحّة البيع: صحّته بإراءة الأنموذج الّذي يكون المقصود به الإخبار عن جنسه ووصفه من غير فرق بين أن يدخل في المبيع أم لا. وأمّا إذا كان المقصود من إراءته تعريف نوعه مع السكوت عن أوصافه فهو باطل على المفروض من وجوب معرفة الجنس والوصف الدخيل في الرغبات في البيع.

وممّا ذكرنا يظهر ما في كلامه ﷺ من قوله: «وإن لم يُدخل على إشكال» خصوصاً بالنظر إلى ما ذكره من التعليل أوّلاً بقوله: «من كون المبيع غير مرئيّ ولا موصوف» وثانياً بقوله: «إذ لا يمكن الرجوع إليه عند الإشكال بأن يفقد».

وتوضيح ما فيه بأن يقال أوّلاً: إنّ عنوان المرئيّ والموصوف لم يرد في دليل لفظيّ حتّى يتمسّك بإطلاقه في مقام الاشتراط، بل الشرط هو معرفة العوضين بحيث لايكون البيع جزافاً، وهذا يحصل برؤية أُنموذج الجنس والوصف كما عرفت بيانه.

وثـــانياً: إنّ تعريف المبيع بكونه مطابقاً للأُنموذج جنساً ووصفاً توصيف للمبيع، فالمبيع موصوف بنحو الإجمال وهو كونه مطابقاً للأُنموذج.

وثالثاً: إن لم يكف الأُنموذج في المبيع فلابدّ أن يقول بالبطلان في‌ما إذا أدخله في المبيع وكذا في‌ما إذا شاهد ظاهر الصبرة بالنسبة إلى ما لم يشاهده، فإنّ بعض أجزاء المبيع غير مرئيّ ولا موصوف إلّا بإراءة بعضه الآخر، والمفروض عدم كفاية المعرفة بتوسيط الأُنموذج.

ورابعاً:ما ذكره في التعليل الثاني جارٍ في الوصف إذا لم‌يكتب وغيرجارٍ في الأُنموذج إذا استحفظه المشتري لتطبيق المبيع عليه.

وخـامساً: إنّ عدم كفايته لرفع الإشكال عند الترافع لعدم بقاء الأُنموذج إلى زمانه لايكون ملاكاً لبطلان البيع من أوّل الأمر، فإنّ البيع إذا وقع عن بصيرة من الجانبين ↰

---

(١) جامع المقاصد: ج ٤ ص ١١٤.

ولو رأىٰ بعض الضيعة ووصف له الباقي تخيّر فيها كلّها* لو خرجت على الخلاف، وخيار الرؤية على الفور[١].

حينه ثمّ فقد ما به يرتفع الاختلاف المترقّب حصوله فهو صحيح، ففقد الأُنموذج ليس إلّا كفقد القبالة المتضمّنة لتوصيف المبيع.

إذا اشترى الضيعة ولم يرَ جميع قطعاتها

(*) لاشبهة في ثبوت الخيار في الجملة، لكنّ القدر المتيقّن بالنسبة إلى الحكم المذكورصورة وقوع العقدمبنيّاً على كون غير المشاهد من الضيعة متوافقاً للمشاهد منها من حيث الأوصاف الدخيلة في الرغبات وحينئذٍ يحكم بثبوت الخيار في خصوص غير المشاهد، فالمتيقّن ثبوت الخيار بالنسبة إلى خصوص غير المشاهد إذا أُخذ التوافق في الوصف في البيع ولو كان غير مذكور في العقد ولكن إذا كان بمنزلة المذكور.

ويمكن القول بثبوت الخيار بالنسبة إلى خصوص القطعة غير المشاهدة منها أيضاً في ما إذا لم يكن البيع مبنيّاً عليه من الطرفين بل كان ذلك بصِرف تخيّل المشتري ذلك.

وذلك لإطلاق صحيح جميل، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى ضيعة وقد كان يدخلها ويخرج منها، فلمّا أن نقد المال صار إلى الضيعة فقلبها ثمّ رجع فاستقال صاحبه فلم يقله، فقال أبو عبدالله عليه السلام: «إنّه لو قلب منها ونظر إلى تسعة وتسعين قطعة ثمّ بقي منها قطعة ولم يرها لكان له في ذلك خيار الرؤية»[٢].

فإنّ حمله على خصوص ما كان البيع مبنيّاً على توافق غير المشاهد منها للمشاهد خلاف الظاهر جدّاً، إذ لم يذكر ما يدلّ على أنّ البائع كان إيجابه مبنيّاً على ذلك. وصِرف تخيّل المشتري ذلك وكون ما تخيّله داعياً إلى البيع لا يجعل الوصف المذكور من

(١) من قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٢٦.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٨ ح ١ من ب ١٥ من أبواب الخيار.

الشروط البنائيّة،فمقتضى الإطلاق المقاميّ:حمله على خصوص صورة عدم الاشتراط. وإن أبيت عن ذلك فلا إشكال أنّ مقتضى الإطلاق اللفظيّ: شمول صورة عدم البناء على الشرط المذكور من جانب البائع، فتأمّل.

والحاصل: أنّ المسألة ذات صورتين:

الأُولى: أن يكون توافق غير المشاهد منها للمشاهد وصفاً مبنيّاً عليه العقد من قبل المتعاقدين.

الثانية: أن لايكون كذلك.

وفي كلّ واحد من الصورتين تارةً يبحث عن ثبوت الخيار بالنسبة إلى خصوص غير المشاهد، وأُخرى يبحث عن ثبوته بالنسبة إلى مجموع العقد.

إذا عرفت ذلك فنقول: قدعرفت ثبوت الخياربالنسبةإلى غيرالمشاهد في الصورتين، لإطلاق صحيح جميل ولأنّه مقتضى الاشتراط في ما إذا كان العقد مبنيّاً عليه.

وأمّا بالنسبة إلى المشاهد منها فوجه الخيار في صورة كون توافق غير المشاهد للمشاهد شرطاً بنائيّاً من قبل المتعاقدين أُمور:

منها: أنّ الشرط المذكور إنّما هوشرط بالنسبةإلى أصل العقد لابالنسبةإلى خصوص غير المشاهد منها، فالتخلّف موجب للخيار بالنسبة إلى أصل العقد.

ومنها: ادّعاء ظهور الصحيح المتقدّم فيكون المشار إليه في قوله عليه السلام: «في ذلك خيار الرؤية» هو الضيعة لا خصوص القطعة الباقية كما جزم به في الجواهر[1]. وهو مقتضى ما ذكره غيرواحد من الأصحاب ومنهم صاحب الكتاب قدس سره ومنهم المحقّق قدس سره في الشرائع من ثبوت الخيار بالنسبة إلى المجموع[2]، فإنّ الفتوى المذكور على الظاهر على طبق صحيح جميل.

ويمكن أن يكون الوجه في الظهور المذكور أُموراً:

منها: كون كلام السائل راجعاً إلى الإقالة في أصل البيع،وليس الفسخ بالنسبة إلى

(١) ج ٢٤ ص ١٧٧.

(٢) شرائع الإسلام: ج ١ و٢ ص ٢٧٩ ـ ٢٨٠.

البعض مورداً للاعتبار والالتفات.

ومنها: أنّ الحكم بثبوت الخيار بالنسبة إلى البعض ضرر على البائع فيبعد جعله وإن كان يجبر بخيار البائع، لكن لا داعي إلى جعل الحكم الموجب للضرر ثمّ جبره بالخيار. وهو الّذي أشار إليه‌ في الجواهر[1].

ومنها: أنّ الموضوع في الكلام جواباً وسؤالاً هو الضيعة، وأمّا القطعة فهي من متعلّقات الكلام.

ومنها: قوله‌ عليه السلام: «ونظر إلى تسعة وتسعين قطعة...»، فإنّ المستفاد منه عرفاً أنّه وإن كان غير المرئيّ قليلاً بالنسبة إلى المرئيّ لكن يكون له الخيار في المجموع، فإنّه لو كان المقصود من الجملة المذكورة ثبوت الخيار في الجزء غير المرئيّ لم يكن التنبيه على قلّة الجزء من الأُمور المخفيّة الّتي لابدّ أن يبيّنها الإمام‌ عليه السلام، فهو كأن يقال: إنّ خيار العيب متحقّق ولو في المتاع القليل. هذا.

مضافاً إلى أنّ الظاهر منه بيان القلّة بالنسبة وإن كان كثيراً ومورداً للاعتبار بنفسه.

ومنها: كلمة «ذلك» من جهة مقرونيّة اسم الإشارة بالكاف الّذي هو للبعد، ولا ريب أنّ الضيعة أبعد في الكلام من القطعة.

ومن الوجوه الّتي يستدلّ بها للخيار بالنسبة إلى المجموع ثبوت تبعّض الصفقة. وهو الّذي أشار إليه السيّد الماجد في مفتاح الكرامة[2]، فإنّه لو كان له الخيار في خصوص غير المشاهد منها يكون ضرراً على المشتري كما أنّه يكون ضرراً على البائع أيضاً، فالتبعّض حاصل بالنسبة إلى كلّ من البائع والمشتري على فرض تبعّض الخيار.

هذا بالنسبة إلى صورة كون التوافق من الأُمور المبنيّ عليها من جانب المتعاقدين.

وأمّا لو لم يكن كذلك فوجه الخيار بالنسبة إلى المجموع أمران:

أحدهما: إطلاق صحيح جميل بناءً على كون المشار إليه في قوله: «في ذلك» هو مجموع الضيعة.

---

(١) ج ٢٤ ص ١٧٧.

(٢) ج ١٤ ص ٢٧٨.

وخيار الرؤية*

↲ **ثانيهما:** تبعّض الصفقة بالنسبة إلى المشتري بعد فرض أصل ثبوت الخيار له ولو بالنسبة إلى القطعة غير المشاهدة، فإنّه لو لم يكن له خيار أصلاً فهو خلاف الإطلاق أو الظاهر من صحيح جميل المتقدّم، ولو كان الخيار بالنسبة إلى خصوص غير المشاهد منها لزم الضرر وتبعّض الصفقة. والاجتهاد في المسألة إلى حصول الجزم بالحكم في جميع الصور موكول إلى باب الخيارات إن شاء الله تعالى، وهو الموفّق.

حقيقة خيار الرؤية

(*) **قال الشيخ العلّامة الأنصاريّ**ﷺ: والمراد به الخيار المسبّب عن رؤية المبيع على خلاف ما اشترطه فيه المتبايعان[1].

أقول: لايخفى أنّ مقتضى إطلاق ما ذكرهﷺ: أنّه لو رأىٰ المشتري السلعة قبل البيع ثمّ بيعت بناءً على الرؤية السابقة ثمّ رأىٰ بعد العقد أنّها تغيّرت أن يكون خياره خيار الرؤية، وهو خلاف ظاهر كلامهم ـ فراجع الحدائق[2] والشرائع[3] والجواهر[4] ـ وخلاف ظاهر صحيح جميل المتقدّم الدالّ على أنّ الخيار من جهة عدم الرؤية السابقة.

فالأولى تقييد ذلك بصورة عدم الرؤية السابقة؛ فخيار الرؤية هو الخيار المسبّب عن رؤية المبيع بعد البيع غير المسبوق بالرؤية السابقة.

ومحصّله أنّ من لم يشاهد المبيع له أن يشاهده بعد البيع ليختار الفسخ أو الإمضاء، وهو الظاهر من صحيح جميل. نعم، ذكروا فيه قيداً آخر، وهو أن يكون المبيع موصوفاً بوصف ثمّ رآه المشتري على خلاف الوصف المذكور.

لكن قد عرفت أنّه خلاف إطلاق صحيح جميل، بل الظاهر منه أنّ صِرف عدم ↰

(١) المكاسب: ج ٥ ص ٢٤٥.
(٢) ج ١٩ ص ٥٦.
(٣) ج ١ و٢ ص ٢٧٩.
(٤) ج ٢٤ ص ١٧١.

على الفور*[١].

ﻻ رؤية المبيع كافٍ في ثبوت الخيار. وتمام الكلام موكول إلى محلّه إن شاء الله تعالى، وهو الموفّق.

فوريّة خيار الرؤية

(*) **قال العلّامة الأنصاريّ**ﷺ: الأكثر على أنّه فوريّ، بل نسب إلى ظاهر الأصحاب بل ظاهر التذكرة عدم الخلاف بين المسلمين إلّا من أحمد، حيث جعله ممتدّاً بامتداد مجلس الرؤية، واحتمله في نهاية الإحكام[٢].

أقول: عمدة الإشكال في المقام بيان وجه ذهاب الجلّ بل الكلّ هنا ـ كما عرفت ـ إلى كون الخيار على الفور مع اختلافهم في خيار الغبن كما نبّه على ذلك الإشكال الشيخ المحقّق الأنصاريّﷺ[٣].

ويمكن أن يقال: إنّ الوجه في ذلك ظهور صحيح جميل في التقييد بالرؤية، أو عدم إطلاق فيه بتقريب أنّ ظاهر قوله: «لكان له في ذلك خيار الرؤية» ثبوت الخيار قبل الرؤية ولكن بتوسيطها، فهو كأن يشترط المشتري لنفسه الخيار باستشارة زيد مثلاً، فالرؤية بيان لمنتهى الخيار، فإنّ الملاك فيه عدم رؤية المبيع وبعد رؤيته يرتفع سبب الخيار، وهذا بخلاف خيار الغبن الّذي دليله الضرر، فإنّه بعد عدم الاختيار في الآن الأوّل يكون بقاء الحكم ضرريّاً، واستناد الضرر إلى المغبون من جهة عدم دفع الضرر عن نفسه لا يوجب عدم دخالة الحكم الشرعيّ بقاءً في الضرر، ودخالته فيه كافٍ في رفع الضرر.

لا يقال: إنّ البيان المذكور صحيح لو كان الدليل منحصراً في صحيح جميل مع أنّ حديث نفي الضرر أيضاً من أدلّة هذا الخيار، فبعد الآن الأوّل المتّصل بالرؤية والتروّي ﻷ

(١) من قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٢٦.

(٢) المكاسب: ج ٥ ص ٢٥٧.

(٣) راجع المكاسب: ج ٥ ص ٢٥٧.

المسألة التاسعة: إبهام السلوك كإبهام المبيع*، فلو باع أرضاً محفوفةً بملكه وشرط الممرّ من جهةٍ معيّنةٍ صحّ البيع، وإن أبهم بطل**،

لو كان البيع لازماً عليه يكون موجباً للضرر فهو مرفوع بالحديث.

فإنّه يقال: لو كان الصحيح ظاهراً في أنّ الرؤية المتعقّبة بالتروّي المتعقّب بمقدار من الزمان الّذي يختارفيهالفسخ أو الإمضاءغايةللخيارفمفهومه مخصّص لدليل نفي الضرر.

مضافاً إلى إمكان أن يقال: إنّه ليس ملاك ثبوت خيار الرؤية هو الضرر بل الملاك عدم رؤية المبيع وتخيّل كون المبيع واجداً لبعض الأوصاف أو توصيف ذلك. فالخيار ثابت لظاهر الدليل من تلك الجهة. وهو فوريّ يرتفع بالرؤية والتروّي وإمكان الفسخ والإمضاء. وهذا لا ينافي ثبوت الخيار من جهة ثبوت الضرر بل من جهة الاشتراط. فافهم وتأمّل.

إبهام السلوك كإبهام المبيع

(*) قال السيّد الماجد: كما في التذكرة ونهاية الإحكام والدروس[1].

(**) لايخفى أنّ الإبهام على أقسام:

فمنها: أن يكون من جهة وجود الطريق له وعدمه.

ومنها: ما يكون وجود الطريق له وأنّ للمشتري يكون حقّ الاستطراق إلى أرضه المشتراة مفروضاً لكنّ الإبهام من جهة أفراده وأنّه من الجانب الشرقيّ أو الغربيّ مثلاً.

وهو قد يكون مع اختلاف الأغراض بذلك الموجب للاختلاف في الماليّة، وقد يكون الطرق كلّها متساوية في الأغراض النوعيّة الدخيلة في الماليّة.

والثاني قد يكون تمليك أحد الطرق على النحو المعيّن عنده غير المعيّن عند

(١) مفتاح الكرامة: ج ١٣ ص ١٧٩.

↲ المشتري، وقد يكون بالعكس، وقد يكون مبهماً بداعي أن يكون المبيع هو الفرد المردّد. فالتعيين بعد ذلك باختيار المشتري أو باختيار البائع أو بالقرعة، وقد يكون كذلك بنحو الكلّيّ في المعيّن.

ولا يخفى أنّ مقتضى ما استقرّ عليه رأيهم من بطلان البيع إذا كان المبيع مجهولاً من حيث الجهات الدخيلة في الماليّة لأنّه غرر منهيّ عنه في النبويّ(١) وجزاف منهيّ عنه أيضاً في الأخبار الّتي تقدّمت: هو بطلان القسم الأوّل والشقّ الأوّل من القسم الثاني وصحّة الشقّ الأخير وهو أن يكون المقصود جعل حقّ الطريق له بنحو الكلّيّ في المعيّن، فإنّ المفروض تساوي الطرق المتصوّرة في الجهات الّتي تختلف بها الرغبات فلا إشكال في ذلك.

ويمكن تصوير حقّ الاستطراق على نحو الإشاعة أيضاً، فتأمّل.

وأمّا باقي الشقوق فحيث إنّ موضوعها تساوي الطرق المتصوّرة من حيث الماليّة ونفرض كون الطريق واحداً فعلى ما تقدّم منّا من عدم الدليل على بطلان البيع بصِرف الجهالة غير الموجبة للغرر فلابدّ من الحكم بالصحّة.

وأمّا على مسلك القوم رضي الله عنهم فالحكم بالبطلان أيضاً غير واضح، لأنّ المبيع هو الأرض أو الدار وهو معلوم، والفرض أنّ له حقّ الاستطراق بنحو الإبهام من دون إيجاب ذلك للاختلاف في الماليّة، وعلى مسلكهم يحكم ببطلان جعل الحقّ المذكور فهو بمنزلة الشرط الفاسد، فلابدّ أن يحكم بفساد الشرط من غير سرايته إلى العقد فيملك المبيع من غير طريق، فإذا كان ذلك موجباً للضرر عليه كان له الخيار فيه على مسلكهم من إيجاب الضرر للخيار، ولا أرى وجهاً للحكم بالبطلان في تلك الصور.

وخلاصة الكلام: أنّ الإبهام في السلوك إن كان بنحو الكلّيّ في المعيّن فلا إشكال، وإن كان بنحو يوجب الاختلاف في ماليّة المبيع فلا إشكال في بطلان البيع على ↖

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٤٤٨ ح ٣ من ب ٤٠ من أبواب آداب التجارة.

وإن قال: «بعتكها بحقوقها» صحّ، فيثبت للمشتري السلوك من جميع الجوانب*

↲ مسلكهم، وإن لم يكن على النحو الأوّل ولا على النحو الثاني فعلى فرض بطلان البيع المبهم لا وجه لبطلان نفس البيع إلّا بناءً على كون الشرط الفاسد مفسداً، فتأمّل.

لو قال: «بعتكها بحقوقها» صحّ

(*) **قال السيّد الماجد**ﷺ: قد يظهر من التذكرة الإجماع عليه. وبه جزم في نهاية الإحكام، وأفتى به في الدروس مع احتمال البطلان. ولابدّ من تقييده بما إذا كانت محفوفة بملك البائع[1].

أقول: قد ذكر لذلك وجهان:

أحدهما: ما في مفتاح الكرامة من أنّ إطلاق العقد ينزّل على ما يتوقّف الانتفاع عليه وهو ثبوت الممرّ، والجهات كلّها متساوية فيثبت من الجميع، لبطلان الترجيح من غير مرجّح[2].

ثانيهما: ما نقلهﷺ في مفتاح الكرامة[3] عن جامع المقاصد من أنّه لو كان جميع الجهات ملكاً للبائع كما هو مفروض الكلام فحيث كان البائع يستحقّ المرور من الأرض المبيعة من جميع الجوانب وباعها بجميع حقوقها من المشتري فيثبت له ذلك.

ولا يخفى أنّ الظاهر من العنوان أن يكون المشتري في المفروض مستحقّاً للاستطراق من الممرّ الّذي كان قبل البيع يستحقّ البائع الاستطراق منه من جهة كونه مالكاً للأرض المبيعة لا من جهة كونه مالكاً للجوانب، فإن كان ذلك يصحّ البيع ويستحقّ الاستطراق منه بالخصوص، وإن لم يكن له ذلك فالظاهر صحّة البيع من دون حقّ الاستطراق، إلّا ↵

(١ و٢) مفتاح الكرامة: ج ١٣ ص ١٧٩.
(٣) ج ١٣ ص ١٨٠.

وإن كانت إلى شارعٍ أو ملك المشتري على إشكال[١]*.

المسألة العاشرة: لو باع بحكم أحدهما أو ثالثٍ من غير تعيين قدر الثمن أو وصفه بطل**

↵أن يكون الظاهر منه من جهة أنّ الاشتراء بداعي الانتفاع استحقاقَ الممرّ في الجملة، فحينئذٍ يبطل البيع بناءً على كون إبهام السلوك كإبهام المبيع.

(*) **وجه الإشكال:** انصراف الحقوق إلى غير الممرّ، من جهة أنّ المفروض وجوده للمشتري في الصورتين.

لو باع بحكم أحدهما أو ثالث

(**) **نقل السيّد الماجد**ﷺ الإجماع على البطلان عن التذكرة والروضة والمختلف وحاشية خليفة سلطان على الفقيه. قال: والوجه فيه بعد الإجماع المنقول بل المعلوم هو الغرر والجهالة المنهيّ عنهما بالإجماع والرواية المتّفق عليها بين العلماء كافّة[٢].

أقول: قد مرّ[٣] خبر النخّاس الظاهر في صحّة البيع بحكم المشتري، ومرّ[٤] أيضاً ما قيل فيه من التوجيه حتّى يوافق الإجماع المنقول.

لكنّ الإنصاف: أنّ حجّيّة الإجماع المذكور غير واضحة، وطرح الخبر المعتبر أو حمله على خلاف ما هو الظاهر مشكل جدّاً.

ويمكن أن يجمع بين مفاد الخبر ومعقد الإجماع المتقدّم، بأن يقال: إنّ مورد المعتبر المذكور هو ما إذا كان البيع واقعاً على ثمن المثل وكان نظر المشتري طريقاً إلى ذلك، كما ربما يستفاد من الجواب من الإرجاع إلى القيمة العادلة، وهو الظاهر عرفاً من البيع ↵

---

(١) من قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٢٥.

(٢) مفتاح الكرامة: ج ١٣ ص ١٨٣ ـ ١٨٤.

(٣) في ص ٣٨٤.

(٤) في ص ٣٨٥.

وكذا لا يصحّ بيع السمك في الآجام* وإن ضُمّ إليه القصب.

↵ بحكم المشتري وإلّا كان البيع في الغالب سفهيّاً،ويكون معقد الإجماع هو جعل الثمن محوّلاً إلى إرادة البائع لغرض من الأغراض، فتأمّل.

وكيف كان، فقد ظهر أنّه على تقدير العمل بظاهر المعتبر فمورده بحسب الظاهر هو ما إذا كان المقصود هو البيع بثمن المثل وكان نظر المشتري طريقاً إليه.

فلا يحكم بصحّة البيع في‌ما إذا جعل الثمن موكولاً إلى المشتري من غير أن يكون المقصود تعيين ثمن المثل.وكذا لايحكم بصحّته بحكم البائع بالنسبة إلى الثمن والمثمن. وكذا لا يحكم بها إذا جعل بحكم الثالث، اقتصاراً في‌ما خالف القاعدة على مورد النصّ.

هذا بناءً على مسلكهم من تسلّم القاعدة.

وأمّا على ما تقدّم منّا من وهنها فالأمر سهل فيه وفي‌ما تقدّم ويجيء من الموارد المشار إليها في الروايات المعتبرة.

بيع السمك في الآجام

(*) **بطلان البيع المذكور** من غير الضمّ إلى المعلوم مسلّم عندهم.

وإنّما الإشكال في‌ما أشار إليه بعد ذلك من قوله: «وإن ضمّ إليه القصب»، فإنّه مورد للاختلاف كما مرّ[1]. ففيه ثلاثة أقوال:

أحدها: البطلان كما في المتن.

ثانيهما: صحّته مطلقاً.

ثالثها: التفصيل بين ما إذا كان المقصودبالبيع هو الضميمة المعلومة من حيث المقدار ولو بالمشاهدة ـ كالقصب الموجود في الآجام ـ وكان المجهول مقصوداً بالبيع تبعاً فيصحّ وإلّا فيبطل. ↖

---

(١) في ص ٤٤٥ ـ ٤٤٦.

◄ أمّا وجه القول الأوّل فلأنّ المبيع مجهول وضمَّ المعلوم إلى المجهول لا يصير موجباً لمعلوميّة مجموع المبيع كما هو واضح.

وأمّا حديث التبعيّة في المبيع فقد تقدّم[١] أنّه لا أصل لها إلّا في مورد الخروج عن المبيع أو في مورد يتسامح فيه.

وأمّا خبر معاوية بن عمّار عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «لا بأس أن يشتري الآجام إذا كانت فيها قصب»[٢] فهو مضعّف ـ كما عن المختلف[٣] ـ بالحسن بن محمّد بن سماعة.

مضافاً إلى إمكان أن يقال: إنّ كون المقصود من الخبر تصحيح بيع السمك الموجود في الآجام غير معلوم، بل لعلّه ناظر إلى تصحيح بيع القصب وأنّه يصحّ إذا كان القصب فيه موجوداً، ولا يشترط فيه أن يكون بعد القطع من الآجام فيقدّر بالعدّ كما ورد في بعض الروايات المتقدّمة، كما أنّه لا يجوز بيع الآجام من حيث صلاحيّة نبت القصب منها.

وأمّا خبر أبي بصير عنه عليه السلام في شراء الأجمة ليس فيها قصب إنّما هي ماء، قال: «يصيد كفّاً من سمك يقول: أشتري منك هذا السمك وما في هذه الأجمة بكذا وكذا»[٤] فهو أيضاً ضعيف من حيث الإرسال.

مضافاً إلى ما عرفت في الخبر المتقدّم من أنّه وإن كان دالّاً على جواز البيع إذا كان القصب موجوداً لكن لم يعلم أنّ المقصود جواز بيع السمك المجهول بضمّ القصب المعلوم، بل لعلّه كان المقصود بالبيع في جميع الموارد هو القصب حتّى في مورد الرواية، فإنّ المقصود به هو إحراز القصب النابت في الأجمة بالاحتيال المذكور في الخبر؛ فالظاهر أنّ مورد البيع في مصبّ الروايات عند وجود القصب هو ذلك، والسمك إنّما يكون من التوابع الّذي قام ارتكازهم على تمليكه بدون العوض أو على الإعراض عنه مقروناً ببيع القصب. ►

---

(١) في ص ٤٤٨.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٥٥ ح ٥ من ب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٣) ج ٥ ص ٢٥٥.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٥٥ ح ٦ من ب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه.

↲ ومنه يظهر الجواب عن مرسل البزنطيّ[١]، فإنّه متقارب المفاد لما قبله.

مضافاً إلى ما فيه من ضعف السند لسهل بن زياد.

ومن تلك الأخبار ظهر وجه القول الثاني وظهر جوابه.

وأمّا القول بالتفصيل الّذي نسب إلى المتأخّرين وقوّاه ﴿ في الجواهر[٢] فوجهه حمل الأخبار المذكورة على كون المبيع هو المعلوم وأنّ الضميمة المجهول حصولها لوحظت في مقام البيع تبعاً بحيث يكون الثمن في مقابل المعلوم، وتمليك المجهول إنّما وقع في ضمن البيع من دون أن يكون الثمن في قباله.

لكنّ الإنصاف: أنّه ضعيف بالنظر إلى الأخبار المذكورة.

والّذي يظنّ بالنسبة إلى الروايات المشار إليها أنّها على طائفتين:

فمنها: ما يدلّ على جواز شراء الآجام إذا كان فيها قصب.

ومنها: ما يدلّ على جواز شراء الشيء الّذي لا يعلم بلوغه إلى حدّ الانتفاع به بضمّ شيء معلوم الحصول، فإنّ بيع الأجمة الّتي ليس فيها قصب إنّما هو باعتبار تملّك قصبها المترقّب حصوله فيها، فإنّ المبيع حينئذٍ هو أُصول القصب الّتي تكون في الأجمة بحسب المتعارف أو الماء الموجود فيها وسائر الحقوق الّتي كانت للمالك من حقّ إجراء الماء فيها وغير ذلك الموجبة لحصول القصب وتملّكه، وحيث إنّ وصول ذلك إلى حال ينبت فيها القصب وينتفع به غير معلوم أُمر بضمّ شيء معلوم من حيث إمكان الانتفاع به؛ وحينئذٍ لاتكون دليلاً على المسألة وهو ضمّ القصب المعلوم إلى السمك المجهول، فإنّ الظاهر أنّ السمك لا يلاحظ في الآجام إلّا تبعاً إذا كان القصب موجوداً بل وإذا لم يكن فيها قصب لولا التنبيه منه ﴿ لجعل المبيع هو السمك المعلوم. هذا.

مضافاً إلى مامرّ من أنّ ضمّ القصب الموجود إلى السمك الموجود ليس من ضمّ المعلوم إلى المجهول بل هو من ضمّ المجهول من حيث المقدار إلى المجهول. والقول ↲

(١) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٥٤ ح ٢ من ب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٢) ج ٢٣ ص ٧١٢ ـ ٧١٤.

وكذا اللبن في الضرع مع المحلوب منه*.

بأنّ القصب معلوم بالمشاهدة إذا كان في الآجام بخلاف السمك جزاف. فإنّه إن كانت المشاهدة رافعةً للجهالة بالنسبة إلى أجمة من القصب من جهة الحدس والتخمين كذلك بالنسبة إلى السمك. فتأمّل. ولعمري إنّ الوقوع في الإشكال إنّما حصل من تسلّم عدم جوازبيع المجهول من حيث المقدار،وتقدّم أنّ مثل تلك الأخبار دليل على عدم الاعتبار بالقاعدة المذكورة.

بيع اللبن في الضرع

(*) **هذا الفرع كسابقه** من حيث الأقوال والوجوه إلّا أنّ دليل الصحّة هنا واضح متناً وسنداً:

ففي الموثّق عن سماعة قال: سألته عن اللبن يشتري وهو في الضرع. فقال: «لا، إلّا أن يحلب لك منه سُكْرُجَة فيقول: اشتر منّي هذا اللبن الّذي في السُكْرُجَة وما في ضروعها بثمن مسمّى، فإن لم يكن في الضرع شيء كان ما في السُكْرُجَة»[١].

إن قلت: الخبر معرض عنه، من جهة أنّ الضميمة ممّا يوزن ويكال، وهو غير معلوم المقدار، فهو من قبيل ضمّ المجهول إلى المجهول.

قلت: يمكن أن يكون السُكْرُجَة كيلاً معلوماً، فتأمّل.

وفي الصحيح عن عيص بن القاسم قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل له نعم يبيع ألبانها بغير كيل، قال: «نعم حتّى تنقطع أو شيء منها»[٢].

والاستدلال به عليها مبنيّ على ما عن الوافي في معنى الخبر، قال: أي بشرط أن ينقطع الألبان من الثدي أي تحلب إمّا كلّها أو بعضها، فأمّا إذا كان كلّها في الثدي

(١) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٤٩ ح ٢ من ب ٨ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٤٨ ح ١ من ب ٨ من أبواب عقد البيع وشروطه.

وكذا الجلد والصوف على ظهر النعم وإن ضُمّ إليهما غيره*.

↵ولم يحلب شيء منها بعد فلا يجوز بيعها[١].

لكن لعلّه خلاف الظاهر، بل لعلّ الظاهر منه جواز بيع الألبان حتّى ينقطع لبنه أو شيء منها أي يجوز كلّ منهما بأن يبيع لبن غنم حتّى ينقطع من شخص أو إلى مدّة، فإنّ ذلك جائز وحينئذٍ يدلّ على جواز بيع الألبان من دون الضمّ إلى المحلوب؛ فالجمع بينه وبين ما تقدّم لابدّ أن يكون بأحد وجوه: إمّا بأن يقيّد الثاني بالأوّل بأن يقال: يجوز ذلك بشرط ضمّ المحلوب إليه، أو يحمل الأوّل على الاستحباب، أو يحمل الأوّل بقرينة التعليل على ما لا يعلم وجود اللبن في الضرع بحسب العادة والثاني على ما كان معلوم وجوده فيه. والأرجح هو الثاني.

فالمحصّل من الخبرين أنّه إن لم يعلم بوجود اللبن في الضرع فلابدّ من ضمّ المحلوب وأمّا إن علم بذلك فلا بأس ببيعه من غير كيل ولا وزن مطلقاً أو مدّة، وهو العالم.

وقد ظهر من ذلك وجه الحكم بالبطلان، لأنّه على طبق قاعدتهم. ومفاد الخبر معرض عنه، لأنّ الأوّل يدلّ على صحّة بيع ما يكون الضميمة مجهولة المقدار، وكذا الثاني على تفسير الوافي.

بيع الجلد والصوف على ظهر النعم

(*) **قال السيّد الماجد**﵀: ظاهر عبارة المسالك وغيرها عدم جواز بيع الجلد على ظهر الحيوان مطلقاً كما ظنّ ذلك في مجمع البرهان والحدائق[٢].

أقول: ولعلّ الوجه فيه عدم كفاية المشاهدة على ظهر النعم في رفع الجهالة بالنسبة إلى الجلد الّذي تكون العمدة في ماليّة الجلد ضخامته واستحكامه، وهما لا يعلمان إلّا ↵

---

(١) الوافي: ج ١٨ ص ٦٧٠.

(٢) مفتاح الكرامة: ج ١٣ ص ٢٠٢.

وكذا ما في بطونها*.

بعد الانسلاخ. ومقتضى ذلك: عدمُ صحّة بيعه منفرداً ولا منضمّاً وعدمُ صحّته في صورة الانضمام بالنسبه إلى الجلد وما يضمّ إليه من المعلوم مقداره. أمّا عدم صحّة بيعه منفرداً فواضح، وكذا عدم صحّته في صورة الانضمام بالنسبة إليه، وأمّا عدم صحّته بالنسبة إلى المجموع فلسراية الجهالة من جهته إلى الثمن، فإنّ الثمن الواقع في قبال المعلوم غير معلوم.

بيع ما في البطون

(*) لأنّه غرر من جهة الجهل بماهيّته من حيث إنّه علقة أو مضغة والجهلِ بذكورته وأنوثته.

مضافاً إلى ورود الدليل الخاصّ على عدم جواز جعله ثمناً ولا مثمناً بنحو الانفراد:

فعن القاسم بن سلام بإسناد متّصل إلى النبيّ صلى الله عليه وآله أنّه «نهى عن المجر».

وهو أن يباع البعير أو غيره بما في بطن الناقة.

و«نهى عن الملاقيح والمضامين».

فالملاقيح: ما في البطون، وهي الأجنّة؛ والمضامين: ما في أصلاب الفحول، وكانوا يبيعون الجنين...[1].

لكن ربما يعارضه خبر إبراهيم الكرخيّ، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ما تقول في رجل اشترى من رجل أصواف مائة نعجة وما في بطونها من حملٍ بكذا وكذا درهماً؟ قال: «لا بأس بذلك، إن لم يكن في بطونها حملٌ كان رأس ماله في الصوف»[2].

ويمكن أن يقال: إنّ الخبر بحكم الصحيح، لكون الراوي عن الكرخيّ حسن بن

(١) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٥٢ ح ٢ من ب ١٠ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٥١ ح ١ من ب ١٠ من أبواب عقد البيع وشروطه.

وكذا لو ضمّهما*.

ويجوز بيع الصوف على الظهر منفرداً** على رأي(١)***.

محبوب وهو من أصحاب الإجماع على ما يقال.

مضافاً إلى عدّه في خاتمة الوسائل من الثقات، لنقل ابن أبي عمير عنه مراراً وغيرِه من الأجلّاء أيضاً كحمّاد بن عيسى.

هذا بحسب السند.

وأمّا دلالته على صحّة بيع الحمل منفرداً فتقريبها من وجهين:

أحدهما: أنّ المستفاد من المذكور في الذيل في مقام التعليل أنّ ملاك الحكم بصحّة البيع المذكور وجود ما يقابل بالثمن، وحينئذٍ لو قطع بوجود الحمل يقطع بوجود شيء يقابل به الثمن فيصحّ بيعه منفرداً.

ثانيهما: أنّ المستفاد منه أنّ توقّف صحّة بيع ما في البطون على الضميمة إنّما هو في صورة عدم وجود الحمل وإلّا لم يكن محتاجاً إليها، فحينئذٍ مقتضى الجمع: حمل النهي المنقول عنه صلّى الله عليه وآله على الكراهة.

(*) **أي ما على ظهورها** من الصوف والجلد وما في بطونها.

ويظهر وجهه ممّا في التعليق على قوله: «وكذا الجلد والصوف». هذا.

ولكن مقتضى المعتبر المتقدّم في التعليق السابق: هو الحكم بجواز البيع إذا ضمّ الصوف وحده إلى الحمل، ولا وجه لردّه. وهو الّذي نقل عن القاضي والحلبيّ عملاً بالخبر الشريف كما في مفتاح الكرامة(٢).

(**) **لكفاية المشاهدة** في رفع الغرر في نظر العرف كما في بيع الثمار على الأشجار.

(***) **قال السيّد الماجد** رحمه الله: اختير في النهاية(٣).

---

(١) من قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٢٥.

(٢) ج ١٣ ص ٢٠١.

(٣) مفتاح الكرامة: ج ١٣ ص ٢٠١.

المسألة الحادية عشر: المسك طاهر* يجوز بيعه في فأره وإن لم يفتق، وفتقه أحوط[١].

المسك طاهر يجوز بيعه في فأره

(*) في الجواهر عن نهايةالإحكام أنّ المسك طاهر وإن قلنا بنجاسة فأرتهالمأخوذة من الميتة... ولم ينجس بنجاسة الظرف[٢].

ثمّ قالﷺ: وقد أطلق غير واحد حكاية الإجماع على طهارة المسك ثمّ أعقبه بذكر حكم الفأرة، وظاهره أيضاً بل كاد يكون صريحه طهارة المسك مطلقاً وإن قلنا بنجاسة الفأرة[٣].

أقول: في المسألة مباحث:

الأوّل: لا إشكال في طهارة المسك الّذي يكون في الفأرة الّتي تكون جزءًا للمذكّى، فإنّه لا وجه لنجاسته إلّا من باب احتمال كونه من أفراد الدم.

وهو مدفوعٌ أوّلاً بعدم صدق الدم عليه في العرف، ومن المحتمل أن يكون كذلك من أوّل الأمر.

وثانياً بأنّه على فرض القطع بكونه دماً في أوّل الأمر لكنّه استحال إلى المسك.

وثالثاً بفقدان الدليل على نجاسة الدم مطلقاً حتّى الدم الّذي يكون ذا رائحة جيّدة ويوجد مستقلّاً في الفأرة، فإنّ الدم المحرّم النجس هو المسفوح، فإنّ الكبد دم على ما يقال وهو حلال.

لكن في ذلك تأمّل بل منع.

ورابعاً بأنّ مقتضى صريح رواية عبدالله بن سنان هو الطهارة:

فعن أبي عبداللهعليه السلام قال: «كانت لرسول اللهصلى الله عليه وآله ممسكة إذا هو توضّأ أخذها بيده ↖

---

(١) من شرائع الإسلام: ج ١ و٢ ص ٢٧٤.

(٢) جواهر الكلام: ج ٥ ص ٥٤٠.

(٣) جواهر الكلام: ج ٥ ص ٥٤٠ ـ ٥٤١.

وهي رطبة، فكان إذا خرج عرفوا أنّه رسول الله ﷺ برائحته»[١].

ويدلّ عليه أيضاً خبر ابن جهم، قال: دخلت على أبي الحسن عليه السلام فأخرج إليّ مخزنة فيها مسك، فقال: «خذ من هذا ...»[٢].

وخبر الوشّاء عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «كان لعليّ بن الحسين عليهما السلام أشبيدانة رصاص معلّقة فيها مسك، فإذا أراد أن يخرج ولبس ثيابه تناولها، وأخرج منها فتمسّح به»[٣].

وخبر أبي البختريّ عنه عليه السلام «أنّ رسول الله ﷺ كان يتطيّب بالمسك حتّى يرى وبيصه في مفارقه»[٤].

وخبر عليّ بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام، قال: سألته عن المسك في الدهن أيصلح؟ فقال: «إنّي لأصنعه في الدهن ولا بأس»[٥].

وفي غيره جواز جعله في الطعام[٦].

فهذا ممّا لا إشكال فيه نصّاً وفتوى.

الثاني: الظاهر أنّ المسك الموجود في المنفصل عن الحيّ طاهر أيضاً، لأنّ الغالب في المسك هو انفصال فأرته من الحيّ كما في الجواهر[٧].

ويدلّ عليه بعض الإطلاقات المتقدّمة كخبر عليّ بن جعفر المنقول عن الكافي وعن كتابه[٨].

(١) وسائل الشيعة: ج ٣ ص ٥٠٠، الباب ٥٨ من أبواب النجاسات.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٢ ص ١٤٨ ح ١ من ب ٩٥ من أبواب آداب الحمّام.

(٣) وسائل الشيعة: ج ٢ ص ١٤٩ ح ٣ من ب ٩٥ من أبواب آداب الحمّام.

(٤) وسائل الشيعة: ج ٢ ص ١٤٩ ح ٤ من ب ٩٥ من أبواب آداب الحمّام.

(٥) وسائل الشيعة: ج ٢ ص ١٥٠ ح ٧ من ب ٩٥ من أبواب آداب الحمّام.

(٦) راجع وسائل الشيعة: ج ٢ ص ١٥٠ ح ٨ و٩ من ب ٩٥ من أبواب آداب الحمّام.

(٧) ج ٥ ص ٥٣٩ ـ ٥٤٠.

(٨) وسائل الشيعة: ج ٢ ص ١٥٠ ح ٧ و٩ من ب ٩٥ من أبواب آداب الحمّام.

↘ مضافاً إلى دلالة ما يدلّ على حكاية فعله عليه السلام[١]، وما يدلّ على الحثّ على التطيّب بالمسك[٢]، فإنّ عدم التنبيه على التجنّب عن المنفصل عن الحيّ مع كونه الغالب دليل على عدم البأس بذلك بل مقتضاه عدم البأس به وإن لم يعلم أنّها انفصلت على النحو الطبيعيّ إن كان في ذلك إشكال لولا دلالة الروايات كما ربما يتوهّم.

ويمكن أن يقال: إنّ مقتضى القاعدة هو الطهارة في المنفصل عن الحيّ مطلقاً، لأنّه لم يعلم بقاء الرطوبة المسرية فيه حين الانفصال حتّى يحكم بنجاسته. واستصحابُ بقائها إلى حين الانفصال على فرض سلامته من شبهة الإثبات معارضٌ باستصحاب عدم الانفصال إلى حين قطع الرطوبة، فتأمّل.

هذا كلّه على فرض نجاسة الفأرة وإلّا فالأمر في المسك واضح.

الثالث: لعلّه قد ظهر من الأمر الثاني حكم المسك في الفأرة المنفصلة عن الميتة وإن كان أخفى من سابقه، لإمكان المناقشة في الإطلاق خصوصاً بالتقريب الثاني الّذي ليس هو إلّا الإطلاق المقاميّ الّذي لا يجري إلّا في الموارد الغالبة فتأمّل. لكن قد عرفت أنّ الطهارة هي مقتضى القاعدة.

الرابع: هل يحكم بنجاسة الفأرة إلّا إذا ذكّي الحيوان أم يحكم بطهارتها؟ وجهان بل قولان.

ففي الجواهر أنّ خيرة الفاضل الإصفهانيّ نجاسة الفأرة مطلقاً إلّا مع ذكاة الظبي. قال رحمه الله: وهو لا يخلو عن قوّة إلّا أنّي لم أعرف له موافقاً عليه ممّن تقدّمه وتأخّر عنه، بل لعلّه مجمع على خلافه في المنفصلة من الحيّ كما عساه يظهر دعواه من المنتهى والتذكرة، وعن ظاهر الذكرى دعواه مطلقاً[٣]. ↖

---

(١) وسائل الشيعة: ج ٢ ص ١٤٩ ح ٤ من ب ٩٥ من أبواب آداب الحمّام.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٢ ص ١٤٨ ح ١ من ب ٩٥ من أبواب آداب الحمّام.

(٣) جواهر الكلام: ج ٥ ص ٥٤١ ـ ٥٤٢.

◄ وفيها: أنّه صرّح بعض الأصحاب ـ كالعلّامة في التذكرة والنهاية والشهيد في الذكرى والسيّد في المدارك وغيرهم ـ بطهارة فأرة المسك، فلا تنجس سواء انفصلت من الظبي في حياته أو بعد موته[١].

أقول: وجه النجاسة واضح، فإنّ مقتضى الدليل المقرّر في محلّه أنّ أجزاء الحيوان بحكم مجموع بدنه، فهي محرّمة ونجس إلّا إذا ورد عليها الذكاة.

مضافاً إلى أنّها مقتضى مكاتبة عبدالله بن جعفر في الصحيح، قال: كتبت إليه ـ يعني أبا محمّد عليه السلام ـ: يجوز للرجل أن يصلّي ومعه فأرة المسك؟ فكتب: «لا بأس به إذا كان ذكيّاً»[٢].

وأمّا وجه طهارتها فأُمور:

أحدها: صحيح عليّ بن جعفر ـ على ما في الجواهر[٣] ـ عن أخيه موسى عليه السلام، قال: سألته عن فأرة المسك تكون مع من يصلّي وهي في جيبه أو في ثيابه؟ فقال: «لا بأس بذلك»[٤].

والمناقشة فيه بـ«أنّ تجويز الصلاة فيها لا يدلّ على طهارتها لأنّها من المحمول النجس» مدفوعةٌ بأنّ مقتضى المكاتبة المتقدّمة: عدم جواز الصلاة فيما لا يكون ذكيّاً.

ومعارضته للمكاتبة المتقدّمة بالإطلاق والتقييد الموجب لحمله عليها والحكم بنجاستها إلّا إذا كان ذكيّاً كما في المكاتبة وهو الّذي اعتمد عليه في الجواهر[٥] مدفوعةٌ بأنّه بعد ما اعترف رحمه الله بأنّ الأغلب في الفأرة انفصالها عن الحيّ فالتقييد المذكور موجب لحمل الإطلاق على الفرد النادر وهو الفأرة المتّخذة من الحيوان الّذي جرت عليه التذكية، فلابدّ في مقام الجمع إمّا الحمل على الكراهة، أو القول بكون المراد بالذكيّ هو الطاهر وهو المنفصل عن الحيّ أو المذكّى، أو أنّه مطلقاً طاهر بالذات لكنّه متنجّس من جهة ◄

(١) جواهر الكلام: ج ٥ ص ٥٣٩.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٤ ص ٤٣٣ ح ٢ من ب ٤١ من أبواب لباس المصلّي.

(٣) ج ٥ ص ٥٤٠.

(٤) وسائل الشيعة: ج ٤ ص ٤٣٣ ح ١ من ب ٤١ من أبواب لباس المصلّي.

(٥) ج ٥ ص ٥٤١.

↲الرطوبة الموجودة حين الانفصال عن الميّت.

ثانيها: عدم وفاءدليل نجاسةالميتة لمثل الفأرة الّتي تكون من فضولات بدن الحيوان عرفاً بحيث ينقطع عنه الروح ثمّ ينفصل، وكذا دليل نجاسة القطعة المبانة من الحيّ، فكما لا يشمل الدليل المذكور لمثل الثالول كذلك لا يشمل لها أيضاً فيرجع فيها إلى أصالة الطهارة.

ثالثها: أنّه بعد ما تقدّم من وجود الإطلاق الدالّ على طهارة المسك بحيث يكون نصّاً في المنفصل عن الحيّ أيضاً لوجود الغلبة المشار إليها فلابدّ من التزام التخصيص إمّا في مادلّ على نجاسة القطعة المبانة من الحيّ وإمّا في منجّسيّة النجس، وبعد العلم الإجماليّ بالتخصيص لا تبقى لعموم نجاستها حجّيّة بالنسبة إلى الفرد المبحوث عنه.

لكن في هذا الوجه ما لا يخفى، من جهة لزوم توجّه التخصيص بالنسبة إلى مادلّ على منجّسيّة النجس كما لايخفى على البصير، فتأمّل.

مع أنّ غـلبةالانفصال عن الحيّ وإن كانت مورداً للتسالم إلّا أنّ ملاقاة المسك مع الرطوبة للميتة غير معلومة غالباً، بل لعلّ الظاهر عدم بقائها حين الانفصال عنه على الوجه الطبيعيّ.

ولعلّ الوجـه الثـاني أقرب، لا سيّما بالنسبة إلـى المنفصل عـن الحيّ على النحو الطبيعيّ كالأثمار المتساقطةمن الأشجار من جهةبلوغها إلى مرتبة النضج، بل الاحتياط قويٌّ جدّاً بالنسبة إلى غيره، خصوصاً بالنسبة إلى المنفصل عن الميتة قبل أوان نضجه، فافهم وتأمّل.

الخامس: قال السيّد الماجدﷺ: جواز بيع المسك في فأره من دون فتق قد نصّ عليه في المبسوط والشرائع والنافع والتذكرة والإرشاد ونهاية الإحكام والتحرير والدروس واللمعة وحواشي الكتاب للشهيد وجامع المقاصد والروضة والمسالك ومجمع البرهان والرياض.وفي المفاتيح:قالوه. وفي الحدائق:أنّه المشهور بينهم من غيرخلاف يعرف. ↰

﴿وفي مجمع البرهان: لعلّه لإجماع أو نصّ[١].

أقول: ما يمكن أن يوجّه به ما أفادوه أمران:

أحدهما: وجود الإجماع وقيام السيرة على ذلك، فإنّ المستشعر من العبارات أنّ بيع المسك في فأره كان معمولاً بينهم ومتعارفاً عندهم،فإنّ نوافج المسك معروف في العبارات وعند الشعراء، وهو الّذي يقتضيه الاعتبار، لأنّ إخراج المسك عن وعائه المعدّله بحسب المشيئة الإلهيّة واستعراضها للفساد وذهاب الرائحة يكون بلا موجب عقلائيّ.

ثانيهما: عدم الاختلاف الكثير بين ماهيّة أفراده إلّا من حيث القلّة والكثرة والصحّة والفساد.

والأُوليان تُعرفان بالمشاهدة وملاحظة خفّته وثقالته بحيث يتسامح في التفاوت اليسير المحتمل وإلّا فالوزن أيضاً سهلٌ من دون لزوم الفتق.

وأمّا الصحّة فيعتمد فيها على أصالةالسلامة ووقوع العقد مبنيّاً عليها كما أشار إليه﴿ في الجواهر[٢] وأومأ إليه في المكاسب[٣] أيضاً.

لكن يمكن أن يقال بعدم اعتبار أصالةالسلامة في المقام بناءًعلى ما تقدّمنّا من أنّها عبارة أُخرى عن إخبار البائع بها، لأنّ ذلك مقتضى عدم التنبيه على العيب في مقام لابدّ من ذكره، فإنّ ذلك في‌ما ليس له وعاء مانع عن اطّلاع البائع عليه أيضاً. فالإطلاق في المقام لا يقتضي إخبار البائع بسلامة المسك الموجود في الوعاء.

نعم، لو كان نفس الشرط كافياً في رفع الغرر لاندفع إشكال الغرر بذلك، لكن مقتضى ذلك:اندفاع الغرربذلك أيضاًفي جميع الأوصاف والمقادير ولو مع جهل البائعوالمشتري بذلك، ولا أظنّ منهم الالتزام بذلك.

وكيف كان، فقد تحصّل أنّ الأحوط هو الفتق إلّا في مورد وجود الاطمينان بالصحّة والأوصاف والمقدار الدخيلة في الماليّة، وهو العالم.

---

(١) مفتاح الكرامة: ج ١٣ ص ٥٩ ـ ٦٠. (٢) ج ٢٣ ص ٧١٧. (٣) ج ٤ ص ٣٠٥.

المسألة الثانية عشر: يجوز أن يندر للظروف ما يحتمل الزيادة والنقيصة*،

يجوز أن يندر للظرف

(*) قال‏ في اللمعة: إذا كان المبيع في ظرف جاز بيعه وأُسقط ما جرت العادة به للظرف. انتهى. فالإندار هو الإسقاط كما في اللغة أيضاً.

وقال‏ في المكاسب: يجوز أن يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدارٌ يحتمل الزيادة والنقيصة على المشهور، بل لاخلاف فيه في الجملة، بل عن فخرالإسلام التصريح بدعوى الإجماع(١).

ويمكن أن يستدلّ عليه بعدّة من الأخبار:

منها: خبر عليّ بن أبي حمزة، قال: سمعت معمّر الزيّات يسأل أبا عبدالله‏ فقال: جعلت فداك إنّي رجل أبيع الزيت ـ إلى أن قال: ـ فإنّه يطرح لظروف السمن والزيت لكلّ ظرف كذا وكذا رطلاً، فربما زاد وربما نقص؟ فقال: «إذا كان ذلك عن تراضٍ منكم فلا بأس»(٢).

ومـــنها: خبر عليّ بن جعفر عن أخيه موسى‏، قال: سألته عن الرجل يشتري المتاع وزناً في الناسية والجوالق فيقول: ادفع للناسية رطلاً أو أقلّ أو أكثر من ذلك أيحلّ ذلك البيع؟ قال: «إذا لم يعلم وزن الناسية والجوالق فلا بأس إذا تراضيا»(٣).

ومنها: خبر حنان، قال: كنت جالساً عند أبي عبدالله‏ فقال له معمّر الزيّات: إنّا نشتري الزيت في زقاقه ويحسب لنا فيه نقصان لمكان الزقاق؟ فقال: «إن كان يزيد

(١) المكاسب: ج ٤ ص ٣٢١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٦٦ ح ١ من ب ٢٠ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٦٧ ح ٣ من ب ٢٠ من أبواب عقد البيع وشروطه.

وينقص فلا بأس، وإن كان يزيد ولا ينقص فلا تقربه»[١].

إذا عرفت ذلك فنقول: ما يمكن أن يكون مورداً للإندار على ثلاثة أقسام:

الأوّل: أن يكون مورده المبيع، بأن يوزن المبيع مع ظرفه فكان عشرة أرطال ـ مثلاً ـ ثمّ يندر ويسقط بمقدار الظرف بحسب الحدس والتخمين مع التسامح في الزيادة اليسيرة والنقيصة كذلك، فيسقط ـ مثلاً ـ رطلاً واحداً فيجعل المظروف مورداً للبيع بعنوان كونه تسعة أرطال لأنّه معنى الإندار في مقام إنشاء البيع.

الثاني: أن يكون الإندار والإسقاط في مقام الإيفاء والإقباض، كما لو بيع شيء بالتسعير بأن قيل: «بعت ذلك كلّ رطل منه بكذا»، فالمبيع معلوم بالوجه المذكور في مقام البيع وكذا الثمن بهذا الوجه والعنوان لكن في مقام الإيفاء إمّا أن يفرغ المبيع من ظرفه وإمّا يندر للظرف مقداراً بحسب الحدس والتخمين.

الثالث: أن يكون ذلك خارجاً عن دائرة المعاملة والإقباض، بل يجعل الثمن المعادل لتسعة أرطال في قبال ما يوزن مع ظرفه بعشرة أرطال من باب حساب الظرف وإسقاطه في مقام جعل الثمن بدون أن يؤخذ عنوان تسعة أرطال ملحوظاً في مقام البيع، بل يباع ما في هذا الظرف الخاصّ بتسعة دراهم مثلاً.

وحينئذٍ نقول: مقتضى ترك الاستفصال في رواية عليّ بن أبي حمزة وموثّق حنان هو جواز الأقسام الثلاثة فيما يحتمل الزيادة والنقيصة، بل صحّة القسم الثاني على طبق القاعدة، لعدم الجهل بالعوضين بعد فرض معلوميّتهما بوجه من الوجوه، فتأمّل.

أمّا مع العلم بزيادة ما يسقط من الظرف أو العلم بنقصانه مع جهل الآخر به بأن كان إسقاط البائع المقدار الخاصّ مبنيّاً على جهل الطرفين بالوزن الحقيقيّ للظرف واحتماله للزيادة والنقصان أو كان قبول المشتري لما أسقطه البائع مبنيّاً على ذلك وكان المشتري في الفرض الأوّل عالماً بالزيادة وكان البائع في الفرض الثاني عالماً بالنقصان **فمقتضى موثّق حنان:** عدم جوازه في الموارد الثلاثة.

(١) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٦٧ ح ٤ من ب ٢٠ من أبواب عقد البيع وشروطه.

↲ مضافاً إلى أنّه إضرار بالمؤمن وتغرير وغبن بالنسبة إلى المسترسل.

مع أنّه بالنسبةإلى القسمالثاني واضح،لأنّ مقتضى القاعدةبقاءالدين على حاله وعدم حصول الوفاء بذلك، إذ الإندار الخاصّ في مقام الوفاء كان بعنوان كونه محتملاً للزيادة والنقيصة كما هو الغالب المتعارف بين الناس.

ومنه يظهر الوجه في قولهعليه السلام في موثّق حنان:«وإن كان يزيد ولا ينقص فلا تقربه»، فإنّه بعد التوجّه إلى أمرين ينطبق على القاعدة المشار إليها:

أحدهما: أنّه ليس له إطلاق يشمل صورة كون البائع عالماً بكون ما يندر زائداً عن الظرف بالقطع واليقين، لأنّ المفروض فيه أنّ الإندار وحساب النقصان من جهة ترميم النقص الوارد على المبيع من جهة الزقاق؛ وحينئذٍ لامعنى لإندار الزائد عليه عمداً فلابدّ أن يكون البائع جاهلاً بالزيادة ويبيع مبنيّاً على احتمال الزيادة والنقيصة، وسكوت المشتري في هذا المقام مشعر بذلك إلّا أن يكون في مقام التغرير والإضرار، فتأمّل.

ثانيهما: أنّ النهي عن خصوص ما يزيد ولا ينقص ليس بحسب متفاهم العرف من جهة خصوصيّة في الزيادة، بل من جهة كون السائل هو المشتري فلا يجوز له أخذ ما أُسقط عنه زائداً، بل منه يعلم عند العرف أنّه لو انعكس الأمر بأن علم البائع بالنقيصة وكان قبول البائع من جهة الجهل بالنقيصة كان النهي حينئذٍ متوجّهاً إلى البائع.

فتحصّل أنّ مقتضى القاعدة والأخبار: عدم جواز أخذ الزائد للمشتري إذا علم بأنّ المندر زائد على الظرف وكذا بالنسبة إلى النقيصة للبائع.

إلّا أنّه لايبعد أن يكون الحكم المذكور تكليفيّاً محضاً فكان البيع المشتمل على الإندار ولو في صورة علم المشتري بالزيادة صحيحاً موجباً لجواز التصرّف في المثمن.

والوجه في ذلك أمران:

أحدهما: أنّ الإندار بلحاظ الظرف بالحدس والتخمين من الأُمور المتعارفة لدى العرف فلا يرون البيع جزافاً، كما فيما يباع بالمشاهدة كبيع الثمار على الأشجار المتعيّن بالحدس والتخمين، فالبيع لايكون غرريّاً حتّى يبطل. والنهي المستفاد من ↰

ولا يجوز وضع ما يزيد إلّا بالمراضاة*،

↙ الموثّق وغيره لا يدلّ على الفساد بعد مناسبة الموضوع للتحريم التكليفيّ من باب الإضرار والتغرير، فإنّ المفروض أنّ المشتري يعلم بالزيادة ومع ذلك يسكت عن إعلام البائع بذلك حرصاً على قبض الزائد.

ثانيهما: أنّه يمكن أن يدّعى أنّ المستفاد من الأخبار المتقدّمة أنّ الجهل بالمبيع من جهة الجهل بوزن الظرف مع إسقاط مقدار منه له بالحدس والتخمين غير مضرّ بصحّة المعاملة. ونهيُ المشتري عن عدم القرب من الشراء في صورة العلم بالزيادة ليس من باب فساد البيع من جهة الجهالة، لأنّ علم المشتري بكون المندر زائداً على الظرف لا يزيد في الجهل ولا يكون دخيلاً في بطلانه من حيث الجهل. واحتمالُ كون النهي بصدد الإرشاد إلى مانع آخر في البيع خلاف ظاهر النهي القويّ ظهوره في الحرمة التكليفيّة في فرض كون الموضوع مناسباً له قطعاً. فتأمّل.

(*) قد عرفت أنّ مقتضى التأمّل في الأخبار والملاكات العرفيّة والعقلائيّة: عدمُ جواز الإقدام على الشراء في صورة علم المشتري بالزيادة وجهل البائع بذلك وعدمُ جواز البيع في صورة علم البائع بالنقصان وجهل المشتري بذلك.

وعرفت أيضاً في آخر التعليق المتقدّم أنّه لا يبعد الحكم بصحّة البيع حتّى في الصورة المذكورة، خصوصاً إذا كان الوضع للظرف مطابقاً للمقدار المتعارف ومنطبقاً على عادة العرف.

ولا يخفى أيضاً أنّ مقتضى ما تقدّم من الملاك الموجب لانصراف ما تقدّم من الأخبار: عدم البأس بالإقدام على الشراء في الصورة المذكورة، وكذلك الإقدام على البيع في صورة العلم بالنقصان حتّى من جهة التكليف إذا كان الجاهل مقدماً على الإندار بذلك ولو مع فرض علم صاحبه بالزيادة أو النقيصة، للإقدام على الإضرار بنفسه لتسهيل الأمر على صاحبه، وكذا إذا علم البائع بالزيادة ـ مثلاً ـ وكان المقصود من الإندار ↖

ويجوز بيعه مع الظروف من غير وضع(١)*.

↲ بالزائد بذل مال للمشتري ومساعدة له، ولعلّ القسمين داخلان في المتن أي قوله﴿ره﴾: «إلّا بالمراضاة»، فافهم وتأمّل في أطراف ما ذكرناه جيّداً فإنّه حقيق بذلك.

ثمّ لايخفى أنّ المستفاد من خبر عليّ بن جعفر جواز بيع ما في الظرف بضمّ مقداره إليه بحسب الحدس والتخمين ولو مع احتمال الزيادة أو النقيصة بما يتسامح به.

والسند قابل للاعتماد، إذ الراوي هو عبدالله بن جعفر الحميريّ صاحب قرب الإسناد، وقد اعتمد في نقل كتاب عليّ بن جعفر إلى عبدالله بن الحسن وهو يروي عن جدّه عليّ عن أخيه﴿ع﴾.

مضافاً إلى أنّه يروي عن عبدالله بن الحسن ثقة الإسلام الكلينيّ بتوسيط محمّد بن الحسن الصفّار والمختار بن محمّد بن المختار، وينقل عنه فضيل بن عثمان ويحيى بن عمران وابن مهران ومحمّد العلويّ، فراجع خاتمة المستدرك للمحدّث البصير النوريّ﴿ره﴾. هذا.

مضافاً إلى أنّ المظنون أنّ كتاب عليّ بن جعفر واضح الاستناد إليه ولا يضرّ حينئذٍ مجهوليّة الراوي كما لا يخفى، وعليه فلا بأس في الاستناد إليه وإن سكتوا عنه الأصحاب رضي الله عنهم.

(*) **قال السيّد الماجد﴿ره﴾**: كما في الشرائع والدروس واللمعة والروضة والمسالك ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح. وقال في التذكرة: لو باع السمن مع الظرف كلّ رطل بدرهم وعرفا قدر المجموع صحّ. ومنع منه بعض الشافعيّة وبعض الحنابلة، والباقون جوّزوه، لصحّة بيع كلّ منهما منفرداً فصحّ مجتمعاً. ولا يضرّ اختلاف القيمة كما لو اشترى ثوباً مختلفاً وأرضاً مختلفة كلّ ذراع بدرهم(٢). انتهى بنحو الاختصار والتصرّف.

وقال شيخ المتأخّرين﴿ره﴾ في المكاسب: على المشهور، بل لم يوجد قائل بخلاف من ↰

---

(١) من شرائع الإسلام: ج ١ و٢ ص ٢٧٤.

(٢) مفتاح الكرامة: ج ١٣ ص ٢٣٤ ـ ٢٣٥.

الخاصّة إلّا ما أرسله في الروضة[١].

أقول:ليس فيما أرسله في الروضة ظهور أو إشعار بكون القائل بالخلاف من الخاصّة، فلعلّه من أشار إليه فيما تقدّم من كلام التذكرة ويكون شافعيّاً أو حنبليّاً.

إذا عرفت ذلك فنقول: بيع المظروف مع ظرفه على صور:

الأُولى: أن يبيع المجموع من جهة تساوي الظرف والمظروف في الماليّة.

وهذا لا إشكال فيه، لعدم الجهل بالمبيع وانتفاء الغرر الشخصيّ والنوعيّ لا سيّما إذا كانت العادة جاريةً بذلك.

الثانية: أن يلاحظ وزن الظرف ويحسب لـه ثمن فـي ضمن المجموع. والمقصود ملاحظته بحسب الحدس والتخمين بحيث لا يحتمل الزيادة عنه والنقيصة عنه إلّا بما يتسامح به عند العرف ولا يحسب التفاوت في ميزان الماليّة، كما في المبيع بالمشاهدة كالأحطاب والأخشاب.

والظاهر أنّه لا إشكال فيه، من جهة عدم الغرر. والمفروض عدم الجهل بوزن المبيع الّذي هو المجموع من الظرف والمظروف.

مضافاً إلى أنّه المستفاد مـن دليل الإندار، مـن جهة دلالته على أنّ الجهل بمقدار المظروف من جهة الجهل بمقدار الظرف بما يزيد وينقص غير مضرّ بالمعاملة. واحتمالُ كون عدم إضراره بها مخصوصاً بصورة الإندار يدفعه فهم العرف الحاكم في المحاورات لا سيّما فيما يتعلّق بالمعاملات.

الثالثة: أن يكون بين الظرف والمظروف تفاوت في الماليّة إلّا أنّه لوحظ ذلك في مقام جعل الثمن بحيث يكون التفاوت المحتمل بالنسبة إلى القيمة الواقعيّة يسيراً مورداً للتسامح عند العرف فلا يرون ذلك غرراً، كما فيما يباع بالمشاهدة والتخمين كالثمار على الأشجار والصوف على ظهر النعم على ماورد في الدليل.

وهذا أيضاً ملحق بالصورة الأُولى.

---

(١) المكاسب: ج ٤ ص ٣٣٣.

◄ الرابعة: أن يباع المظروف على وجه التسعير بأن يباع الجلد الّذي فيه السمن بعشرة دنانير كلّ رطل من السمن بدينار ـ مثلاً ـ والباقي في قبال الظرف.

وحينئذٍ إمّا أن يراعى وزن الظرف بحسب التخمين فيندر من ثمن المظروف ويجعل للظرف فلا إشكال في ذلك كما هو واضح.

وإمّا أن لا يراعى ذلك ولايعلم ولا يظنّ بوزن الظرف فالظاهر فيه أنّه لا إشكال في صحّةالبيع بالنسبةإلى المظروف،لعدم الجهل بمجموع المبيع الّذي هو الظرف والمظروف مجتمعاً، وليس في البين غرر كما هو واضح؛ لكنّ الغرر بالمعنى المتسالم عليه عندهم حاصل بالنسبة إلى الظرف، لأنّه لايعلم بالثمن المجعول في قباله؛ فالأحوط بل الأقوى بالنظر إلى ما استقرّ عليه بناؤهم في معنى الغرر ـ وإن كان لنا فيه إشكال كما تقدّم ـ هو الاجتناب عن ذلك.

الخامسة: أن يكون تقسيط الثمن علىالظرف والمظروف بالنسبة إلى القيمة الواقعيّة، فإذا جعل الثمن عشرة دراهم والظرف يساوي دينارين والمظروف يساوي ثمانية دنانير فما جعل للظرف هو الخمس وهو درهمان.

ولعلّ الظاهرفي تلك الصورةهو البطلان إذا كان التفاوت المحتمل غيرمورد للتسامح كما فيما لو كان المبيع هو سبيكة ذهب في ظرف من رصاص وكان الذهب مردّداً بين مائة مثقال ومائتين وكان المجموع من الظرف والمظروف معلوم الوزن، فإنّ الغرر هنا حاصل وإن لم يكن الثمن والمثمن مجهولين.

السادسة: أن يكون المقصود تمليك الظرف تبعاً فيمكن أن يقال بعدم إشكال في ذلك فيما جرت عليه العادة العرفيّة من باب التسامح في الزيادة والنقيصة ولو بعد ملاحظة ما يتملّك في البيع بالتبع، وإلّا ففيه إشكال كما لايخفى.

ثمّ لايخفى أنّ المستفاد من دليل الإندار أنّ جوازبيع ما في الظروف بلا إندار للظرف مسلّم، وإنّما الإشكال في جواز الإندار للظرف، لكنّ المسلّم منه ما جرت عليه العادة ممّا يتسامح فيه عرفاً، فافهم وتأمّل.

المسألة الثالثة عشر: لو باعه بدينارٍ غير درهمٍ نسيئةً ممّا يتعامل به وقت الأجل*

البيع بالدينار المستثنى منه الدرهم

(*) المقصود أن يكون الثمن ديناراً مستثنىً منه مقدار درهم وكان ذلك نسيئةً وكان الملحوظ هو التسعير المعيّن للدرهم والدينار وقت حلول الأجل.

وقد حكم في المتن بالبطلان. وهو المنقول عن الشيخ في المبسوط وعن القاضي وعن ظاهر تقرير السرائر وعن المحقّق في الشرائع والنافع وأبي عليّ[1]؛ بل في الجواهر عند قول المصنّف «لو باع مائة درهم بدينار إلّا درهماً لم يصحّ»: بلاخلاف أجده[2].

ويستدلّ على ذلك بأنّ الثمن مجهول.

وبخبر السكونيّ عن جعفر عليه السلام عن أبيه عن عليّ عليهما السلام في رجل يشتري السلعة بدينار غير درهم إلى أجل، قال: «فاسد، فلعلّ الدينار يصير بدرهم»[3]. فإنّه وارد في خصوص الفرع.

وبإطلاق مرسل حمّاد عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «يكره أن يشترى الثوب بدينار غير درهم، لأنّه لا يدرى كم الدينار من الدرهم»[4].

وبخبر وهب عن جعفر عن أبيه عليهما السلام «أنّه كره أن يشتري الرجل بدينار إلّا درهم وإلّا درهمين نسيئةً، ولكن يجعل ذلك بدينار إلّا ثلثاً وإلّا ربعاً وإلّا سدساً أو شيئاً يكون جزءاً من الدينار»[5]. وهو أيضاً في خصوص الفرع.

وبإطلاق خبر ابن ميسر عن جعفر عن أبيه عليهما السلام «أنّه كره أن يشترى الثوب بدينار

---

(١) راجع مفتاح الكرامة: ج ١٣ ص ٢٣٦.
(٢) جواهر الكلام: ج ٢٥ ص ٩٢.
(٣) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٨٠ ح ٢ من ب ٢٣ من أبواب أحكام العقود.
(٤) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٨٠ ح ١ من ب ٢٣ من أبواب أحكام العقود.
(٥) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٨١ ح ٣ من ب ٢٣ من أبواب أحكام العقود.

أو نقداً مع جهله بالنسبة* أو بما يتجدّد من النقد بطل**.

غير درهم، لأنّه لايدرى كم الدينار من الدرهم»[١].

هذا ملخّص الأقوال والأدلّة، ويجيء الكلام إن شاء الله تعالى عند الفراغ عن فروع المسألة في‌ما يتعلّق بها من المناقشات والتنقيحات.

(*) **كما هو مقتضى إطلاق** كلام الأكثر. والمفصّل بين النقد والنسيئة ليس ـ على ما ينقل ـ إلّا أبا عليّ المتقدّم اسمه في الفرع المتقدّم، بل هو المتيقّن من كلام الشيخ في المبسوط، فراجع وتأمّل.

ويدلّ عليه ما دلّ على مانعيّة الجهالة عن صحّة البيع. وكونه ممّا يعلم بالمراجعة إلى أهل الخبرة لا يرفع الجهالة الموجودة حين العقد، فهو كبيع ما في الصندوق المجهول حين العقد القابل للعلم به بعد البيع.

ويدلّ عليه أيضاً ما تقدّم[٢] من إطلاق خبري حمّاد وابن ميسر، بل لعلّ الظاهر من الخبرين خصوص النقد، لأنّ النسيئة تحتاج إلى التقييد فالإطلاق ينزّل عليه.

(**) **في العبارة احتمالان** كما أشار إليهما المحقّق الثاني[٣] والسيّد الماجد صاحب مفتاح الكرامة[٤]:

أحدهما: أن يكون عطفاً على قوله: «بدينار غير درهم» فيكون المقصود بيان فرع آخر خارج عن مسألة البيع بالدينار إلّا الدرهم، وهو البيع بما يتجدّد من النقد فيكون الثمن ما يتجدّد من النقد.

وهو خلاف الظاهر قطعاً، إذ المستفاد من سياق الكلام أنّه بصدد استقصاء فروع مسألة البيع بدينار غير درهم.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٨١ ح ٤ من ب ٢٣ من أبواب أحكام العقود.

(٢) في ص ٤٩١.

(٣) جامع المقاصد: ج ٤ ص ١١٦.

(٤) في مفتاح الكرامة: ج ١٣ ص ٢٣٩.

↲ ثانيهما: أن يكون عطفاً على قوله: «مع جهله» أي لو باع بدينار غير درهم حالاً بما يتجدّد من النقد أي يحدث السلطان المعاملة به بين الناس.

ولاريب أنّه أظهر وإن كان في العبارة حينئذٍ تكلّفٌ ظاهر.

والوجه فيه مامرّ من الجهالة وإطلاقِ بعض الأخبار المتقدّمة[1].

إذا عرفت الفروع الثلاثة المذكورة في المتن وما يمكن الاستدلال به عليها فنقول: لابدّ من ذكر أُمور بعضها مربوط بتوضيح بعض جهات المسألة وبعضها مربوط بما يرد على ما في المتن وأمثاله:

فمنها: أنّ المسألة وإن كانت معنونةً في الأخبار وزبر أصحابنا الأخيار بما إذا كان الثمن ديناراً غير درهم أو ما يقرب من ذلك ولكنّ العنوان الكلّيّ لتلك المسألة أن يكون أحد العوضين موصوفاً باستثناء مقدار منه بعنوان مال آخر ويكون المقصود استثناء مقدار منه يعادل في القيمة ذاك المال الّذي جعل عنواناً للمستثنى، فينطبق العنوان المذكور في عصرنا الحاضر ـ مثلاً ـ على المعاملة الّتي يكون الثمن فيها ديناراً عراقيّاً مستثنىً منه عشرة توامين أو الريال السعوديّ الخارج منه بمقدار ريال إيرانيّ. وهذا مورد للابتلاء في المعاملات الواقعة بين الأثمان المختلفة في السعر بحسب ملاحظة نسبة بعضها إلى بعض غير المستقرّ سعرها كما يكون مشاهداً في عصرنا هذا بالنسبة إلى أسعار الممالك المختلفة.

ويمكن أن ينطبق العنوان المذكور على غير الأموال الّتي جعلت من الأثمان، كما لو بيع منّان من الحنطة المستثنى منها مقدار قيمة منّ من العدس مثلاً؛ لكنّه غير معمول في العرف وإنّما المعمول المتعارف استثناء بعض الأثمان من البعض.

ومنها: أنّ الدينار العراقيّ الخارج منه الريال الإيرانيّ ـ مثلاً ـ : إمّا أن يكون ذلك بالسعر الفعليّ حين العقد، وإمّا أن يكون بالسعر المتجدّد بعد العقد غير المعمول به حينه،وإمّا أن يكون بالسعرالمتحقّق فيالأجل المستقبل الممكن أن يكون هو السعر ↰

---

(١) في ص ٤٩١.

◄الموجود حين العقد وأن يكون غيره.

وعلى جميع التقادير الثلاثة: إمّا أن تكون المعاملة نقداً وإمّا أن تكون نسيئةً.

وعلى جميع التقادير الستّة: إمّا أن تكون النسبة بين المستثنى والمستثنى منه معلومةً بالفعل للمتعاملين، **وإمّا أن تكون مجهولةً** عندهما لكنّها معلومة عند أهل الخبرة، كالموازين المجهولة عند المتعاقدين من حيث التجزّي إلى المثاقيل ـ مثلاً ـ لكنّها معلومة عند أهل الخبرة بذلك، **وإمّا أن تكون مجهولةً** عند أهل الخبرة أيضاً. وهذا في ما يكون السعر ملحوظاً بالنسبة إلى المستقبل واضح التصوير، وأمّا إذا كان ملحوظاً في الحال فممكن الوقوع أيضاً بأن يكون السعر مجعولاً من قبل الحكومة ولكن لايكون معلوماً حين العقد حتّى لأهل الخبرة، لعدم إعلامهم بذلك؛ **فهذه ثمانية عشر قسماً.**

وكلّ واحد من صور الجهالة: إمّا أن يكون مقروناً بالغرر من حيث كمّيّة الثمن، وإمّا لايكون مقروناً بذلك؛ **فتلك ثلاثون قسماً.**

ومنها: أنّ أقسام المسألة وإن كانت راقيةً إلى ما عرفت إلّا أنّ الجهات المبحوثة عنها في تلك المسألة الّتي بها يعرف حكم الأقسام المتقدّمة خمسة:

الجهة الأُولى: أنّ الجهالة هل تكون من الموانع المستقلّة عن صحّة البيع أو تكون مانعيّتها من جهة كونها مستلزمةً للغرر؟ فعلى الثاني يصحّ جميع الأقسام إلّا ما كان منها مقروناً بالغرر.

الجهة الثانية: أنّه على فرض الموضوعيّة لعنوان الجهالة كما هو المتسالم عليه عند الأصحاب وإن كان إقامة الدليل عليه مشكلاً جدّاً فهل يكفي في مقام اعتبار العلم معلوميّة الثمن بعنوان الزمان المخصوص كما يمكن أن يقال بالنسبة إلى المكان فيقال: «بعت هذا الّذي هو وقية واحدة المعلوم في عراق غير المعلوم في إيران» أم لا؟ فعلى الأوّل لابدّ أيضاً الحكم بصحّة البيع في جميع الأقسام إلّا الّذي يلزم منه الغرر. وأمّا على الثاني فيشكل في‌ما جعل العنوان ديناراً غير درهم بالسعر الّذي يتجدّد بعد ذلك.

الجهة الثالثة: أنّه هل يكون الشرط أن يكون العوضان معلومين أو أن لا تكون ►

المعاملة غرريّة حين إنشائها أو لابدّ أن يكون كذلك حين الاستحقاق؟

فعلى الثاني يصحّ من الأقسام مايكون نسيئةً وكان الملحوظ هوالسعر المعيّن للدرهم والدينار ـ مثلاً ـ حين حلول الأجل.

وأمّا على الأوّل فيشكل الأمر فيها.

الجهة الرابعة: أنّه هل يكفي استصحاب بقاء السعر من أوّل العقد إلى حين حلول الأجل فيالنسيئة أو لا يكفي؟وبعبارةأُخرى هل يقوم الاستصحاب مقامالعلم أو لا يقوم؟

فعلى الأوّل يصحّ المجهول من النسيئة إذا كان السعر معلوماً حين المعاملة.

وعلى الثاني يشكل فيه.

الجهة الخامسة: أنّ الشرط في صحّة المعاملة هل يكون خصوص علم المتعاقدين بالعوضين أو الأعمّ منه ومن معرفة أهل الخبرة بالعنوان المجعول في المعاملة؟

ومنها: البحث عن تلك الجهات بحسب الإجمال والاختصار.

فنقول بإذنه تعالى:

أمّا الجهة الأُولى فقد مرّ سابقاً[١] الإشكال في كون الجهالة مانعةً عن صحّة البيع بنحو الاستقلال.

لكنّه خلافُ ما يظهر من الأصحاب رضوان الله عليهم وخلافُ إطلاق بعض الأدلّة الخاصّة الّتي منها الروايات الواردة في تلك المسألة المتقدّمة[٢] وإن كان الجواب عنهما ممكناً، فراجع ما تقدّم[٣].

وأمّا الجهة الثانية فالظاهر بل المقطوع أنّ العلم بالعوضين بعنوان غير ما هو محدّد لماليّته عرفاً لايكون كافياً، كيف؟! والعلم بهما ببعض العناوين متحقّق غالباً.

وأمّا الجهة الثالثة فلأنّ الظاهر من الأدلّة أنّ العلم بهما شرط في ظرف العقد لافي ظرف الاستحقاق. كيف؟! والغرر الّذي هو علّة أو حكمة في الحكم يتحقّق بذلك، والعلم بهما حين الانتقال أو الاستحقاق لا أثر له في رفع الغرر.

---

(١) في ص ٣٨٣. (٢) في ص ٤٩٢. (٣) في ص ٣٨٣.

◄ نعم، يمكن في الفضوليّ أن يقال:إنّه يكفي علم المجيز حين الإجازة بالعوضين، وهو غير المقام كما لا يخفى.

وأمّا الجهة الرابعة فقد تقدّم[1] وجه الاكتفاء بالاستصحاب في مقدار العوضين قياساً بالاعتماد على الرؤية السابقة في الوصف. وتقدّم الإشكال في ذلك.

وأمّا الجهة الخامسة فمقتضى الأخذبإطلاق الدليل:اشتراط أن يكون المثمن والثمن معلومين عند المتعاملين، وهو الّذي يرفع الغرر.

والمقصود أن يكون ما بهميزان الماليّة عند العرف معلوماً عندهما وإن كان هو بنفسه غير معلوم عندهما من جهة التجزّي أو من جهات أُخرى؛ فلو جعل الثمن ديناراً غير نصف مثقال منه لم يكن به بأس وإن لم يكن المتعاملان عالمين بأنّ المثقال يتجزّى إلى أربع وعشرين حمّصة ـ مثلاً ـ ولاعالمين بنسبته إلىالدينار من النصف والربع وغيرهما.

ومنها:أنّ مقتضى ماتقدّم من الأخبار[2]:وجودملاكين للنهي عن البيعالمبحوث عنه:

أحدهما: احتمال عدم انطباق الثمن على شيء في الخارج، وهو الّذي علّل به في خبر السكونيّ، قال: «فاسد، فلعلّ الدينار يصير بدرهم»[3].

ثانيهما: جهالة النسبة كما في مرسل حمّاد وخبر ابن ميسر[4].

والجمع بينهما هو الأخذ بهما والقول بأنّ كلّاً منهما كافٍ في الحكم بالفساد.

لكن يشكل ذلك بأنّ علّة الجهل بالنسبة تكون موجودةً في مورد العلّة الأُولى وهو احتمال عدم وجود الثمن في الخارج، فالتعليل بالثانى دليل على المفهوم يعني عدم صلاحيّة الجهل بالنسبة للعلّيّة؛ إلّا أن يقال: إنّ التعليل بالثاني لأنّه أوضح في مقام إثبات الفساد.

ويمكن الجمع بين الأخبار بأن يكون مورد احتمال عدموجود ماينطبق عليه عنوان الثمن في المستقبل وعند حلول الأجل محكوماً بالفساد ويكون مورد الجهل بالنسبة ►

---

(١) في ص ٤١٥.

(٢) في ص ٤٩١.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٨٠ ح ٢ من ب ٢٣ من أبواب أحكام العقود.

(٤) المتقدّمين في ص ٤٩١.

ولو قُدّر الدرهم من الدينار صحّ*.

محكوماًبالكراهة،وهو الّذي يؤيّدهما تقدّم من الجمع بين الأخبار[١] في أصل المسألة.

ويمكن أن يقال: إنّ روايات الباب ضعيفةالسند كما اعترف به في مفتاح الكرامة[٢]. والانجبار بالعمل غير معلوم، لأنّ الحكم بفساد البيع بدينار غير درهم لعلّه من باب قاعدة مانعيّة الجهالة. وكون العنوان مطابقاً لعنوان الأخبار المذكورة لايدلّ على كونه ملاك العمل، خصوصاً مع التوجّه إلى أنّ التعليل المتقدّم[٣] في خبر السكونيّ من قوله: «فلعلّ الدينار يصير بدرهم» لا يخلو عن البعد، لضعف الاحتمال المذكور على الظاهر.

ومـنها: أنّه قد ظهر ممّا ذكر أنّ الحكم بالبطلان في جميع الفروع المتقدّمة إذا لم يكن مستلزماً للغرر غير معلوم.

وعلى تقدير مانعيّة الجهالة بنحو الاستقلال فإطلاق المتن مورد للإشكال، إذ لابدّ من التقييد بالجهالة في جميع الفروع الثلاثة لا بالنسبة إلى خصوص المعاملة النقديّة، وهو الّذي يظهر من الشرائع[٤] حيث علّل الحكم بالجهالة.

ومنها: أنّه لايبعد أن يكون العنوان المزبور ظاهراً في الالتزام بتبديل ما يساوي قدر الدرهم من الدينار بالدرهم، فيجب على البائع حينئذٍ في مورد الحكم بالصحّة أداء درهم للمشتري بدلاً عمّا بقي من ديناره، وليس للمشتري مطالبة السهم الباقي من الدينار بأن يكون شريكاً في الدينار المجعول ثمناً؛ فالظاهر عند العرف أنّه بمنزلة اشتراط تبديل ما استثني من الدينار بالدرهم بنحو شرط الفعل أو شرط النتيجة. فتأمّل.

(*) أي استثني من الدينارخمسه ـ مثلاً ـ الّذي هوبمقدار درهم،وصحّته واضحة إذا لم يكن الاستثناء المزبور بمنزلة اشتراط التبديل، وإلّا لزم العلم بالنسبة، لجهالة الشرط حينئذٍ. والأمرسهل بعد وضوح الملاك،وهو العلم بمقدار الثمن والمثمن والشرط، فتأمّل.

---

(١) في ص ٣٧٩.

(٢) ج ١٣ ص ٢٣٧.

(٣) في ص ٤٩١.

(٤) ج ١ و٢ ص ٣٠٦.

ولو باعه بعشرين درهماً من صرف العشرين بالدينار بطل مع تعدّد الصرف بالسعر المذكور* أو جهله**. ولو باعه بنصف دينار لزمه شقّ دينار***،

البيع بعشرين درهماً من صرف العشرين بالدينار

(*) أي مع تعدّد أنواع الدراهم الّتي يصرف العشرون منهابدينار،من جهةكون بعضها بيضاء والآخر سوداء وغير ذلك، وذلك لجهالة الثمن.

لكن لايـخفى أنّ اختلاف الأنواع غير الدخيلة في الماليّة لايوجب الجهل بما هو ميزان الماليّة،فإنّ ميزان ماليّة الأثمان ليس إلّا بلحاظ صرفها في قبال الأثمان الاُخرى، وهو معلوم.

نعم،لو كانت الدراهم المفروض كون صرفهابالدينارعشرين مختلفةمن حيث التقابل للأثمان الاُخرى أو لبعض الأموال لكان الثمن مجهولاً فلابدّ من تنزيل كلامه على ذلك.

(**) بأن يكون الدرهم الّذي يصرف العشرون منه بدينار نوعاً واحداً إلّا أنّه مردّد عند المتبايعين بين السوداء منه والبيضاء مثلاً، فيكون الثمن حينئذٍ مجهولاً أيضاً.

وفيه ما تقدّم[١] من أنّ الإشكال المذكور من جهة فرض كون الميزان لماليّةالدرهم هو الخصوصيّات المنوّعة كما في المأكولات. والدرهم ميزان ماليّته هو عين إمكان صرفه بالدينار أو ما يعادله، وهو معلوم بالفرض.

نعم، لو فرض له ميزان آخر للماليّة من جهة قابليّته للتعويض بشيء آخر ـ كما مرّ ـ يتوجّه الإشكال.

البيع بنصف الدينار

(***) أي مشاعاً، ولايجوزللبائع قطع الدينار إلى نصفين كما صرّحوا بذلك، فهو ↖

---

(١) في التعليق السابق.

ولا يلزمه صحيح* إلّا مع إرادته عرفاً**(١).

المسألة الرابعة عشر: لو باعه الصبرة كلّ قفيز بدينار وعلما قدرها صحّ***، وإلّا بطل الجميع (٢)****.

كبيع نصف الدار ونصف الدابّة.

(*) **أي المضروب مستقلّاً** بعنوان نصف الدينار، لأنّه ليس شقّ الدينار حقيقةً، وإنّما هو نصف مثقال يساوي شقّ دينار.

(**) **بحيث يكون** نصف الديناركنايةً في العرف عن السكّةالمضروبة مستقلّاً بعنوان كونه مساوياً في الوزن لنصف الدينار، وحينئذٍ يلزمه الصحيح. وقد يراد ببيع نصف الدينار في العرف هو الأعمّ من الصحيح المستقلّ والنصف الحقيقيّ المشاع من الدينار.

فعلى الأوّل لا يلزمه الصحيح، ولايجوز له ذلك إن طالب المشتري بالنصف المشاع الحقيقيّ.

وعلى الثاني يجب عليه أداء الصحيح ولا يُلزم بأداء الشقّ الحقيقيّ.

وعلى الثالث يتخيّر البائع بين أداء الشقّ والصحيح، ولا يُلزم بأحدهما بالخصوص. ووجه الكلّ واضح.

بيع الصبرة كلّ قفيز بدينار

(***) هو واضح، لأنّ العوضين معلومان.

(****) **قال السيّد الماجد الجواد**؛ وفي المبسوط والخلاف: «لو قال بعتك هذه الصبرة كلّ قفيز بدرهم صحّ البيع». قال: قال في الخلاف: «لأنّه لا مانع منه والأصل جوازه». وإطلاق كلامه يقضي بالصحّة ولو مع الجهل. وقد نفى عنه البعد في الكفاية.

---

(١) من قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٢٦ ـ ٢٧.

(٢) من قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٢٧.

وقد نصّ في التذكرة والدروس وغيرهما على البطلان في صورة الجهل، لعدم تعيين العوضين. وفيه: أنّ المبيع معلوم بالمشاهدة والثمن معلوم، لأنّه ممّا يمكن أن يعرف، وهو أن تكال الصبرة ويقسّط الثمن على قدر قُفزانها فيعلم مبلغه. وله نظائر ذكر جملةً منها في التذكرة. وقضيّة كلامه فيها أنّه إذا كان المبيع معلوماً بالقوّة القريبة يصحّ بيعه وإن كان مجهولاً بالفعل ـ إلى أن قال: ـ واحتمل في المختلف الصحّة في القفيز الواحد لا الجميع، لجهالة الثمن. وقد حكاه فيه عن أبي حنيفة. وفيه تأمّل ظاهر[1].

وقد أجاد في ما أفاد، ونزيده وضوحاً أنّه إن كان الملاك هو الغرر فعدم لزوم الغرر في المقام واضح، وإن لم يكن الحكم دائراً مدار الغرر فالمستفاد من الأخبار أنّ المانع عن الصحّة ليس عنوان الجهل بل لا يجوز البيع مجازفةً كما في حسن الحلبيّ المتقدّم[2] وصحيحه المتقدّم[3]. ومن المعلوم عدم صدق الجزاف على مفروض المسألة. ولا يحضرني الآن ما يدلّ بإطلاقه على موضوعيّة عنوان الجهل بنفسه ولو مع عدم كون البيع جزافاً.

نعم، ورد في صحيح ابن سنان أو حسنه المتقدّم[4] اشتراط العلم بالكيل والأجل في بيع السلم، وهو غير مربوط بالمقام المفروض كون المبيع حاضراً مشاهداً.

ولعلّه ظهر ممّا ذكرناه بعض الخلل في ما أفاده حيث علّل صحّة البيع في المبيع بالمشاهدة، ومقتضى ذلك: صحّته لو كان الثمن معيّناً وكانت الصبرة مشهودةً مع أنّه جزاف ومورد للنهي في ما أُشير إليه من الدليل.

والأولى أن يقال: إنّ رفع الغرر أو الجزافيّة يحصل في كلّ من العوضين في ما فرض وقوعه عنواناً في المعاملة.

وأمّا وجه ما نقله عن المختلف فلعلّه معلوميّة اشتمالها على قفيز واحد.

وأمّا وجه التأمّل فلما فيه أوّلاً: أنّ الظاهر أنّ المبيع هو مجموع الصبرة، ولذا لو كان بعضها مستحقّاً للغير لكان للمشتري خيار تبعّض الصفقة.

---

(١) مفتاح الكرامة: ج ١٣ ص ١٧٧ ـ ١٧٨.

(٢) في ص ٣٧٧. (٣) في ص ٣٧٨. (٤) في ص ٣٨٢.

المسألة الخامسة عشر: يجوز استثناء الجزء المعلوم في أحد العوضين، فيكون الآخر في مقابلة الباقي.

فلو قال: «بعتك هذه السلعة بأربعة إلّا ما يساوي واحداً بسعر اليوم» قال الشيخ: يبطل مطلقاً للجهالة. والوجه ذلك إلّا أن يعلما بسعر اليوم.

ولو قال: إلّا ما يخصّ واحداً* قال: يصحّ في ثلاثة أرباعها بجميع الثمن**.

والأقرب عندي البطلان*** لثبوت الدور المفضي إلى الجهالة****.

وثانياً: أنّه لو فرض كون المبيع عامّاً انحلاليّاً لكان مقتضى ذلك: الصحّةَ بالنسبة إلى ما يعلم اشتمالها عليه من القُفزان، والغالب أنّ المعلوم أكثر من قفيز واحد، فلا وجه لاختصاص الصحّة بالقفيز الواحد بل لابدّ أن يقال بها بالنسبة إلى ما يعلم اشتمال الصبرة عليها من القُفزان.

يجوز استثناء جزء معلوم، وحكم ما لو كان الثمن أربعة إلّا ما يخصّ واحداً

(*) أي باعتبار توزيع الثمن على السلعة.

(**) مبنى كلام الشيخ على أنّ المقصود من الواحد هو الواحد من أربعة الثمن المجعول في قبال المبيع مع قطع النظر عن الاستثناء المذكور، ولاريب حينئذٍ أنّه الربع وأنّ المبيع ثلاثة أرباع.

(***) مبنى كلامه على أن يكون المقصود هو الواحد من الأربعة الّتي جعلت ثمناً بملاحظة الاستثناء المذكور.

(****) أي تكون معرفة المبيع الّذي هو السلعة المستثنى منها ما يخصّ الواحد دوريّاً، لأنّ معرفة قدر المبيع موقوفة على معرفة المستثنى، وهي موقوفة على

فإن علماه بالجبر والمقابلة* أو غيرهما** صحّ البيع في أربعة أخماسها بجميع الثمن.

↲ معرفة مقدار المبيع، فإنّ المستثنى حسب الفرض هو المقدار المساوي لمقدار من المبيع الّذي يكون بإزاء واحد من أربعة الثمن.

(*) وصورة ذلك أن نفرض المستثنى شيئاً وهو الكسر المجهول، فيكون المبيع هو السلعة إلّا ذلك الكسر المجهول، وهو معادل لأربعة أشياء هي الكسور المجهولة ولكن كلّ كسر منها معادل للكسر الّذي هو المستثنى، لأنّ المفروض أنّ المستثنى مقابل بدرهم والمستثنى منه الّذي هو المبيع مقابل لأربعة دراهم، فإذا أجبرنا السلعة إلّا شيئاً بشيء وزدنا على أربعة أشياء شيئاً فتحصل المعادلة كانت السلعة تعدل خمسة أشياء، فالشيء خمسها فيكون المستثنى خمسها يخصّ درهماً، والّذي صحّ فيه البيع أربعة أخماس.

أقول: العمدة في كشف المستثنى والمستثنى منه أنّ المستثنى يساوي ربع المستثنى منه وهو يساوي أربعة مقادير المستثنى، وذلك ليس إلّا كون المبيع أربعة أخماس من السلعة والمستثنى هو الخمس منها.

ومن ذلك يظهر دفع الدور وأنّ الدور حاصل بالنسبة إلى الغافل عن تحصيل العلم بالمستثنى والمستثنى منه عن الطريق المذكور، وهو العلم بكون المستثنى مساوياً لربع المستثنى منه وهو يساوي أربعة مقادير منه. وأمّا المتوجّه إلى ذلك فيعرف كلّاً من المستثنى والمستثنى منه بذلك كما لا يخفى؛ فلا يتوقّف معرفة المستثنى على المستثنى منه ولا العكس، بل معرفة كلّ منهما إمّا يتوقّف على معرفة الآخر وهو دور، وإمّا يتوقّف على معرفة ما ذكر من أنّ المستثنى يساوي ربع المستثنى منه.

(**) من الأربعة المتناسبة والخطأين، وكلاهما مذكوران في جامع المقاصد(١) ومفتاح الكرامة(٢) إلّا أنّا لا نذكرهما لعدم ترتّب أثر فقهيّ عليه، والعمدة ما ذكر.

---

(١) ج ٤ ص ١٢١ ـ ١٢٣.

(٢) ج ١٣ ص ٢٥٢ ـ ٢٥٤.

ولو باعه بعشرة وثُلث الثمن فهو خمسة عشر*، لأنّ الثمن شيء يعدل عشرةً وثلث شيءٍ، فالعشرة تعدل ثلثي الثمن.

ولو قال: وربع الثمن فهو ثلاثة عشر وثُلث**. ولو قال: إلّا ثُلث الثمن فهو سبعة ونصف[1] ***.

لو باعه بعشرة وثلث الثمن

(*) توضيح ما ذكره أعلى الله مقامه بنحو الاختصار أنّ الثمن عدد مجهول يعادل عشرةً وثلث ذاك العدد المجهول، وإذا أسقطنا ثلث العدد المجهول يبقى ثلثان، فلابدّ أن يكون الأمر في معادله على هذا المنوال يعني إذا أسقطنا ثلث العدد المجهول الّذي هو الثمن من العشرة وثلث العدد المجهول يبقى ثلثان، ومن المعلوم أنّ الباقي بعد إسقاط الثلث من العدد المجهول هو العشرة فهو يكون ثلثي الثمن فالثمن خمسة عشر.

لو باعه بعشرة وربع الثمن

(**) فإنّ الثمن الّذي هو العدد المجهول يعادل العشرة والربع منه، فإذا أسقطنا الربع من العدد المجهول يبقى ثلاثة أرباع، فالعشرة تكون ثلاثة أرباع الثمن، وكلّ ربع منه ثلاثة وثلث واحد، وجمعه ما ذكره في المتن.

لو باعه بعشرة إلّا ثُلث الثمن

(***) توضيحه أنّ العشرة إلّا ثلث الثمن يعادل العدد المجهول المسمّى بالشيء في اصطلاحهم، فإذا صار معادل العشرة إلّا ثلث الثمن ما هو الثمن في الواقع المسمّى بالشيء والعدد المجهول فمعادل العشرة الثمن وثلثه، فالعشرة ثمن وثلث ثمن فينتج ◄

---

(١) من قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٢٧.

الرابع: كون العوضين ملكاً* طلقاً، فلا يجوز بيع الماء والعشب والكلأ قبل حيازتها والسموك والوحوش قبل اصطيادها والموات من الأراضي قبل إحيائها**.

الرابع: كون العوضين ملكاً طلقاً

◄ما في المتن من أنّ الثمن سبعة ونصف. والله الهادي.

(*) **قال في الجواهر:** بلا خلاف بل الإجماع بقسميه عليه، والنصوص واضحة الدلالة[1].

قال السيّد الماجد الجوادﷺ: قال في التذكرة: الملك، فلا يصحّ بيع المباحات ولا ما يشترك فيه المسلمون قبل حيازته ـ مثل الكلأ والماء والحطب ـ إجماعاً[2].

أقول: يدلّ على الاشتراط المشار إليه ـ مضافاً إلى ما تقدّم من الإجماع ـ النصوص الدالّة على اشتراط صحّة البيع بمالكيّة المشتري. وقد تقدّم بعضها[3] فراجع وتأمّل.

ويدلّ عليه أيضاً أنّ البيع نقل ما يملكه إلى غيره، فمع عدم المالكيّة لا يصدق ولا يتحقّق حقيقة البيع فهو شرط مأخوذ في حقيقة البيع العرفيّ.

(**) **هذا واضح بناءً على ما تقدّم.**

إنّما الكلام في مقامين نشير إليهما:

البحث عن جعل الثمن في المبيع ترك الحيازة

الأوّل: أنّه هل يجوز جعل التجافي عن الحيازة والاصطياد أو الإحياء والإعراض عن ذلك عوضاً في البيع بأن يشتري أهل قرية من أهل قرية أُخرى مجاورةٍ لها شيئاً ويجعلون عوضه أن لا يتصرّفوا في مباحات حدود معيّنة حتّى يخلو لهم الجوّ والبادية ◄

---

(١) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٥٥١ ـ ٥٥٢.

(٢) مفتاح الكرامة: ج ١٣ ص ٦٣.

(٣) في ص ١٥٩.

نعم، إذا استنبط بئراً في أرض مباحة ملك ماءها*.

◄والنهر فيصطادون طيوره وسموكه والحيوانات الوحشيّة القابلة للاصطياد ويحيون أراضي تلك الحدود وتلك معاملة عقلائيّة ربما يقدمون عليها العقلاء وتكون مورداً لابتلائهم أم لايجوز ذلك؟

وجهالإشكال أنّ ماجعلهالشارع من أنّ لكلّ شخص أن يحوزمنالمباحات أو يحيي من الموات هل هوحقّ قابل للإسقاط فيبيع شيئاًفي قبال إسقاط حقّالحيازةأو هوحكم محض فالتملّك بالحيازةكالتملّك بموت المورّث ليس قابلاًللإسقاط فيقبال تملّك مال؟

ويمكن أن يقال:إنّهعلى تقدير كونه حكماًيمكن أن يجعل عدم الحيازةمملوكاً للبائع فيبيع عيناًمملوكاً في قبال أن يملك على المشتري أن لايحوز ولايحيي ولايصطاد مثلاً.

للإمامعليه السلام بيع أراضي الموات

الثاني: أنّ ما ذكره من عدم الجواز إنّما هو بالنسبة إلى غير الإمامعليه السلام. وأمّا الإمامعليه السلام فحيث إنّه يملك الأراضي الموات فيصحّ منه البيع.

ويظهر الثمرة في المجتهد الجامع للشرائط الّذي له التصرّف في مال الإمامعليه السلام فيجوز له البيع نيابةً عنهعليه السلام بناءً على عموم النيابة.

ويمكن أن يكون غير الأراضي من الأُمور المذكورة في المتن لهعليه السلام فيجوز له البيع، فإنّ الكلأوالماء تابعان للأرض والسموكَ تابعة للماء والأرض الّتي فيها الماء فإنّها من منافعهما. ويمكن القول في غيرها بإلقاء الخصوصيّة. وتمام الكلام موكول إلى محلّه. والمقصود في المقام الإشارة والتنبيه إلى ما ربما يغفل عنه حتّى لا يتوهّم من إطلاق عبارة المتن عدم صحّة بيعه حتّى للإمامعليه السلام ونائبه الخاصّ أو العامّ.

استنباط الماء بحفر البئر وأنّه يملك ماءه

(*) قالقدس سره في الجواهر ما مفاده:ويملك ماء البئرمع النيّةبناءًعلىاعتبارها في نحو ◄

ذلك، بلاخلاف معتدّ به أجده فيه، بل ظاهر غير واحد: الإجماع عليه[1].

وقال في مفتاح الكرامة: أمّا ملكه لماء البئر المحفورة في المملوكة أو المباحة بوصوله إليها إذا نوى الملك في الثانية فهو مذهبنا كما في السرائر والتذكرة، ومذهب الأصحاب كما في المسالك والكفاية ـ إلى أن قال: ـ وقال في المبسوط: إنّ الماء الّذي يحصل في هذين البئرين هل يملك أم لا؟ قيل: فيه وجهان: أحدهما: أنّه يملكه. وهو الصحيح ـ إلى أن قال: ـ وكلّ موضع قلنا إنّه يملك البئر فإنّه أحقّ بمائها بقدر حاجته لشربه وشرب ماشيته وسقي زرعه، فإذا فضل بعد ذلك شيء وجب بذله بلا عوض لمن احتاج إليه لشربه وشرب ماشيته ـ إلى أن قال: ـ وأمّا لسقي زرعه فلا يجب عليه لكنّه يستحبّ ـ إلى أن قال: ـ وذلك لمارواه ابن عبّاس أنّ النبيّ صلى الله عليه وآله قال: «الناس شركاء في ثلاث: النار والماء والكلأ». وروى أبو هريرة عنه صلى الله عليه وآله أنّه قال: «من منع فضل الماء ليمنع به الكلأ منعه الله فضل رحمته»[2]. انتهى ملخّصاً.

ويستدلّ على الحكم المذكور أي ملكيّة ماء البئر المحفورة في المباحة بأُمور:

منها: أنّ حفر البئر المنجرّ إلى نبع الماء إحياءللأرض،وهو موجب لحصول الملكيّة؛ فإذا ملك البئر ملك ماءهابالتبع،لأنّ الماءبالنسبةإلى الأرض كالثمرة بالنسبة إلى الشجرة وكالكلأ بالنسبة إلى الأرض.

ومنها: أنّ حفر البئر حيازة للماء المجتمع فيه، وهي موجبة للتملّك، من جهة سيرة العقلاء والمتشرّعة.

ومنها: أنّهمشمول لعموم ما نقله في التذكرة، قال: قال عليه السلام: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له»[3].

ومنها: ما ورد في صحيح سعيد الأعرج عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سألته عن الرجل يكون له الشرب مع قوم في قناة فيها شركاء،فيستغني بعضهم عن شربه، أيبيع شربه؟

---

(١) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٥٧١.

(٢) مفتاح الكرامة: ج ١٣ ص ١٠٦ ـ ١٠٨.

(٣) تذكرة الفقهاء: ج ١٩ ص ٤٠١.

قال: «نعم، إن شاء باعه بورق، وإن شاء باعه بكيل حنطة»[١].

ونحوه ما عن الفقيه عن سعيد بن يسار عنه عليه السلام[٢].

وقريب منه حسن الكاهليّ أو صحيحه[٣].

والأخبار المذكورة وإن كانت واردة في القناة إلّا أنّه لا خصوصيّة للقناة عرفاً بعد شمول إطلاقها للقناة المحفورة في الأرض المباحة.

ومنها: أنّه يقال:إنّ إخراج الماء إحياءله فيشمله دليل إحياء الأرض،لأنّه من الأجزاء الكامنة فيها.

ومنها: أنّ السيرة الشرعيّة والعقلائيّة مستقرّة على ذلك فلا إشكال في تملّك الماء.

إنّما الإشكال في مقامين:

أحدهما: أنّه هل يشترط قصد التملّك أم لا؟

ظاهر عبارة الشرائع هو الاشتراط.

ولكن في الجواهر في أوّل شرائط الإحياء: أنّه لا دليل على اشتراط ذلك، بل ظاهر الأدلّة خلافه، والإجماع مظنّة عدمه، كما أنّ دعوى الانسياق من النصوص ـ ولا أقلّ من الشكّ ـ واضحة المنع، ضرورة ظهور الأدلّة في أنّه متى وجد مصداق الإحياء ترتّب الملك عليه وإن قصد العدم،لأنّ ترتّب المسبّب على السبب قهريّ وإن كان إيجاد السبب اختيارياً[٤]. انتهى ملخّصاً.

ويمكن أن يقال: إنّ قصد عدم التملّك مانع عنه، فإنّ «الناس مسلّطون على أموالهم وأنفسهم» على المشهور، وهو قاعدة عقلائيّة لم يردع عنها الشارع، فكما أنّ الإعراض مخرج عن الملكيّة فقصد عدم التملّك من أوّل الأمر أولى بذلك، فإنّ اختيار تملّك

---

(١) وسائل الشيعة: ج ٢٥ ص ٤١٨ ح ١ من ب ٦ من أبواب إحياء الموات.

(٢) من لايحضره الفقيه: ج ٣ ص ٢٣٦ ح ٧ من ب ٣٨٤ من أبواب كتاب المعيشة.

(٣) وسائل الشيعة: ج ٢٥ ص ٤١٨ ح ٢ من ب ٦ من أبواب إحياء الموات.

(٤) جواهر الكلام: ج ٣٩ ص ٤٣ ـ ٤٤.

المال يكون بيد البالغ العاقل المختار وإلّا لم يؤثّر الإعراض، ومثل ذلك يقال في الإرث أيضاً إلّا أن تثبت ضرورة أو إجماع على خلافه.

والحاصل: أنّ قاعدة التسلّط المرتكزة في أذهان العقلاء مانعة عن انعقاد الظهور الإطلاقيّ بالنسبة إلى صورة قصد عدم التملّك.

والحاصل: أنّ العقلاء لا يرون فرقاً بين الإعراض عن الملك بعد حصوله وبين قصد عدم حصوله من أوّل الأمر، وهذا مانع عن انعقاد الظهور الإطلاقيّ. والمقصود الإشارة الإجماليّة إلى ما يرتبط بالمقام، وإلّا فتمام الكلام موكول إلى كتاب إحياء الموات. وهو الموفّق المعين الهادي المصلح.

ثانيهما: أنّه قد تقدّم[١] من الشيخ‏ وجوب بذل فضل الماء المملوك للشرب والماشية ويستحبّ للزرع. واستدلّ بما استدلّ من الأخبار الواردة من طرق العامّة.

ويمكن الاستدلال له أيضاً بموثّق أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن النطاف والأربعاء». قال: «والأربعاء: أن يسنّي مسنّاةً فيحمل الماء فيسقي به الأرض، ثمّ يستغني عنه». فقال: «فلا تبعه، ولكن أعره جارك. والنطاف: أن يكون له الشرب فيستغني عنه». فيقول: «لا تبعه، أعره أخاك أو جارك»[٢]. وغيره[٣].

وفيه أوّلاً: أنّ ما تقدّم[٤] من الأخبار صريح في جواز بيع فضل الماء فلابدّ أن يحمل ما في الروايات المشار إليها على استحباب البذل وكراهة البيع.

وثانياً: يمكن أن يقال: إنّ المنساق من خبر أبي بصير وغيره أنّ المراد بفضل الماء ما يفضل عن الماء المحرز من الشطّ أو الماء الخارج من القناة والوارد في النهر المخصوص. وقياس البئر به يقتضي أن لا يمنع من فضل ما يستقى من البئر، فتأمّل.

وكيف كان، فعدم لزوم البذل واضح عندهم دليلاً وفتوى. وهو العالم.

---

(١) في ص ٥٠٦.
(٢) وسائل الشيعة: ج ٢٥ ص ٤١٩ ح ١ من ب ٧ من أبواب إحياء الموات.
(٣) راجع وسائل الشيعة: ج ٢٥ ص ٤١٩، الباب ٧ من أبواب إحياء الموات.
(٤) في ص ٥٠٦ ـ ٥٠٧.

وكذا لو حفر نهراً وأجرى فيه الماء من ماء مباح كالشطّ ونحوه ملك ماءه* فله حينئذٍ بيعه كسائر أملاكه(١).

حكم حفر النهر وفيه حكم القناة

(*) قد ادّعى في الجواهر عدم خلاف معتدّ به في ذلك أيضاً كالبئر. قال: بل ظاهر غير واحد الإجماع عليه. مضافاً إلى عموم الحيازة والإحياء، فله البيع(٢).

لكن قال في الشرائع في كتاب إحياء الموات: ما يقبضه النهر المملوك من الماء المباح قال الشيخ: «لا يملكه الحافر كما إذا جرى السيل إلى أرض مملوكة، بل الحافر أولى بمائه من غيره، لأنّ يده عليه»(٣).

قال بعد ذلك في الجواهر: إلّا أنّه لم نجد له موافقاً على ذلك إلّا ما يحكى عن بعض العامّة(٤).

أقول: يدلّ عليه بعض مايدلّ على مملوكيّةماء البئرمن السيرةالعقلائيّة والمتشرعيّة المستقرّتين على تلك ودليلِ الحيازة، فإنّه لافرق بين إحراز الماء المباح في وعاء من قربة ونحوها أو في نهره المملوك فإنّه وعاء مملوك أيضاً.

ويستدلّ عليه ـ كما في الجواهر(٥) ـ بخبر إسماعيل بن الفضل الهاشميّ، قال: سألت أبا عبدالله عن بيع الكلأ إذا كان سيحاً، فيعمد الرجل إلى مائه، فيسوقه إلى الأرض، فيسقيه الحشيش، وهو الّذي حفر النهر، وله الماء، يزرع به ما شاء؟ فقال: «إذا كان الماء له فليزرع به ما شاء، وليبعه بما أحبّ...»(٦).

قال في الوافي:بيان:ساح الماء يسيح سيحاً: جرى على وجه الأرض. و«السيح»: ↖

---

(١) وسيلة النجاة: ج ٢ ص ٣٢.
(٢) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٥٧١.
(٣) شرائع الإسلام: ج ٣ و٤ ص ٧٩٧.
(٤) جواهر الكلام: ج ٣٩ ص ١٨٦.
(٥) ج ٣٩ ص ١٨٧.
(٦) وسائل الشيعة: ج ٢٥ ص ٤٢٣ ح ٢ من ب ٩ من أبواب إحياء الموات.

الماء الجاري الظاهر. وفي التهذيب «فليتصدّق» بدل «وليبعه»[١].

فإنّه وإن كان بصدد جواز بيع الكلأ الّذي زرعه بماء النهر إلّا أنّ الظاهر منه مفروغيّة ترتّب ملكيّة الماء على حفر النهر، لقوله: «وهو الّذي حفر النهر وله الماء».

إلّا أن يناقش بعدم دلالة «له الماء» على الملكيّة، لكفاية الأحقّيّة في ذلك.

أو يقال بأنّه يدلّ عليها إذا كان بصدد بيان ذلك من الحقّ أو الملكيّة، والمفروض أنّه ليس إلّا بصدد بيان السؤال عمّا يتفرّع عليه من جواز بيع الكلأ.

أو يقال بأنّ اللام وإن دلّت على الملكيّة إلّا أنّه لا إطلاق للكلام حتّى يشمل النهر المتّصل بالمياه المباحة للقناة.

أو يقال بأنّ فرض الملكيّة وقع في كلام السائل، والسكوت عنه في مقام الجواب لايدلّ على التقرير إذا لم يكن بين ما تخيّله وبين الواقع فرق من جهة ترتّب ما هو المنظور من الأثر من جواز بيع الكلأ.

ومن هنا يظهر أنّ التميز بين حقّ الأولويّة والملكيّة ثبوتاً لا يخلو عن إعضال. وقد أشرنا إلى تحقيق ذلك في أوائل المجلّد الأوّل من هذا الشرح.

ولا يمكن التمسّك بدليل الإحياء وإن وقع في‌ما تقدّم من كلام الجواهر، لأنّ الإحياء لا يصدق بالنسبة إلى الماء. وأمّا إحياء الأرض الموجب لملكيّتها فلا يوجب ملكيّة الماء مع قطع النظر عن دليل الحيازة، من جهة أنّ إحراز الماء في الوعاء لا يعدّ من تبعات الوعاء كالثمرة بالنسبة إلى الشجرة، وهذا بخلاف المياه المجتمعة في البئر أو القناة الّتي ليس لها وجود مستقلّ عرفاً وليس لها تحقّق مستقلّ إلّا بعد اجتماعها في البئر أو القناة. فالعمدة في ملكيّة الماء هي الحيازة ولو كان الوعاء مباحاً له.

ومن ذلك يظهر أنّ اختيار عدم اشتراط قصد التملّك في ملكيّة ماء البئر والقناة لايلازم اختياره بالنسبة إلى النهر المتّصل بالمياه العامّة المباحة الّذي هو مفروض المسألة، لأنّ الأوّل مصداق للإحياء أيضاً، ومقتضى إطلاق دليله أنّه مملّك ولو

(١) الوافي: ج ١٨ ص ١٠٠٧.

وكذا لو حفر فظهر معدن في أرضٍ مباحةٍ*

لم يقصد التملّك، بخلاف ماء النهر فإنّ مملوكيّته من باب الحيازة الّتي يمكن أن يقال بعدم صدقها عرفاً إلّا مع القصد، ولذا قال في الجواهر في كتاب إحياء الموات في ذيل المسألة الأُولى: إنّه قد يظهر من قول المصنّف وغيره عدمُ ملك ما لو فاض ماء من هذا النهر طغياناً إلى ملك إنسان على وجه يدخل في النهر طاغياً، بل صرّح الفاضل بأنّه مباح مشبّهاً له بالطائر يعشّش في ملك إنسان مثلاً[1].

نعم، يمكن أن يقال: إنّه يكفي في حصول الملكيّة قصد الحيازة للانتفاع ولو لم يقصد الملكيّة. وتمام الكلام موكول إلى محلّه وهو كتاب إحياء الموات، وهو الموفّق المعين.

وممّا ذكرنا يظهر الفرق بين النهر المنشعب من الشطّ وبين البئر والقناة. ويظهر أنّ البئر والقناة في حكم واحد بحسب القاعدة ويجيء فيها ما يجيء في البئر من الوجوه المتقدّمة فتبصّر.

وفرقٌ بينهما أيضاً من جهة وجود الدليل الصريح على جواز بيع ماء القناة العامّ للمحفورة في المباحة.

حفر المعدن في الأرض المباحة

(*) **قال في الجواهر** في كتاب إحياء الموات: **فهي تملك بالإحياء الّذي هو العمل حتّى يبلغ نيلها، بلاخلاف أجده بين من تعرّض له كالشيخ وابني البرّاج وإدريس والفاضل والشهيدين والكركيّ وغيرهم، بل عن ظاهر المبسوط والمهذّب والسرائر الإجماع على ذلك، بل الظاهر أنّ الحكم كذلك سواء قلنا: إنّها للإمام أو للناس**[2].

أقول: يدلّ على ملكيّته أُمور:

منها: أنّ حفره مصداق لإحياء الأرض فيملكها ويملك المعدن بالتبع.

(١) جواهر الكلام: ج ٣٩ ص ١٨٩.

(٢) جواهر الكلام: ج ٣٩ ص ١٦٣.

أو مملوكةٍ[١]*.

وكذا لا يجوز بيع الرهن**

ﻫ ومنها: أنّه مصداق لإحياء نفس المعدن الّذي هو من الأجزاء الأرضيّة.

ومنها: أنّ إيقاع اليد عليه بالحفر للانتفاع والبيع حيازة فداخلٌ في دليل الحيازة الّتي هي مورد بناء العقلاء والسيرة المتشرّعيّة، ويدلّ عليها قوله عليه السلام في ما تقدّم[٢] نقله عن التذكرة: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له».

حفر المعدن في الأرض المملوكة

(*) بل هو مالك للمعدن قبل الحفر على مقتضى القاعدة مستقلّاً أو بتبع مملوكيّة الأرض، لأنّه إمّا نظير سائر الأجزاء الأرضيّة فيملكها حين مالكيّة الأرض مستقلّاً في ضمنها أو نظير الكلأ والعشب فيملك بالتبع؛ فعبارة المتن بالنسبة إلى المملوكة من حيث ظهور أنّ الحفر سببٌ لحصول الملكيّة لا يخلو عن التسامح، فإنّ سبب ملكيّتها في المباحة دون المملوكة، وإلّا لكان حفر الغاصب سبباً لملكيّة المعدن من باب إحياء المعدن أو حيازته، لعدم دخوله في ملك صاحب الأرض على الفرض.

لا يجوز بيع الرهن

(**) قال في الجواهر: بلا خلاف أجده فيه بل الإجماع بقسميه عليه، مضافاً إلى النصّ[٣].

أقول: أشار بالنصّ إلى ما عن المختلف في باب تزويج الأمة المرهونة أنّه أرسل عن النبيّ صلى الله عليه وآله «أنّ الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرّف» قاله المحقّق الأنصاريّ قدس سره في المكاسب[٤].

(١) في قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٢٣.

(٢) في ص ٥٠٦.

(٣) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٦١٥.

(٤) ج ٤ ص ١٥٣.

إلّا بإذن المرتهن*

↵ وقال‌ رحمه الله في التذكرة في المسألة المشار إليها في محكيّ المختلف: والعامّ (أي ما يدلّ على جواز نكاح الأيامى) مخصوص بما دلّ على منع الراهن والمرتهن من التصرّف[1].

وقال‌ رحمه الله في الجواهر في كتاب الرهن: مضافاً إلى النبويّ ـ الّذي استدلّ به غير واحد من الأصحاب، بل عن إيضاح النافع: «أنّه مشهور النقل» بل عن صريح التنقيح أو ظاهره الاعتماد عليه ـ: «الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرّف»[2].

ويدلّ على عدم جواز بيعه ـ مضافاً إلى تسلّمه بين الخاصّة والعامّة وإنّما الاختلاف في بعض التصرّفات غير المزيلة للملك ـ أنّ ذلك مستفاد من حقيقة الرهن الّذي هو الوثيقة للدين، فإنّ جعله مرهوناً لأن يكون وثيقة لدينه عين عدم جواز التصرّفات الناقلة،فإنّ معنى الرهن عرفاًهو الحبس عن النواقل ليتحقّق بهالوثيقة.فماعنالتذكرة من تقريب استفادةعدم جوازبيعهمن مفهوم الرهن بـ«أنّ الغرض من الرهن الوثيقة،ولا وثيقة مع تسلّط المالك علىالبيع»[3] تبعيدٌ للمسافة،فإنّ عدمجواز البيعوسائر التصرّفات عين مفهوم الرهن. والفرق بين مفهومه وعدم نفوذ التصرّفات هو الإجمال والتفصيل. وبذلك يحصل الوثيقة، لا أنّ عدم الجواز مستفاد من الوثيقة الّتي هي الغرض من الرهن، فافهم وتأمّل. والمقصود بيان ما يدلّ عليه وتقريبه وإلّا فالمسألة من الواضحات.

عدم جواز بيع الرهن إلّا بإذن المرتهن

(*) والظاهر أنّه داخل في معقد الإجماع المتقدّم نقله في صدر التعليق الأوّل عن الجواهر.

ولا إشكال في ذلك بمقتضى القاعدة إن كان المقصود من الإذن هو رفع اليد عن ↵

(١) تذكرة الفقهاء: ج ١٣ ص ٢١٠.

(٢) جواهر الكلام: ج ٢٦ ص ٣٨٥.

(٣) راجع تذكرة الفقهاء: ج ١٣ ص ٢٠٩.

أو اجازته*.

↲ حقّه المجعول له بواسطة الرهن في العين المرهونة، لأنّ البيع حينئذٍ صادر من المالك الّذي يكون ملكه طلقاً. وأمّا إن كان المقصود هو الإذن في تبديل حقّه الموجود في المثمن إلى الثمن فيكون الراهن مأذوناً في نقل العين وتعويضه من مال آخر يكون هو بدل المال الأوّل في كونه ملكاً للراهن ورهناً للمرتهن فهو موقوف على صحّة البيع على النحو المذكور، ولا يبعد صحّته، إذ البيع تمليك العين بالعوض، وهو صادق عليه، ولا يشترط في الثمن أن يكون مورداً لاعتبار الإضافة الملكيّة فقط، بل لا يشترط ذلك وإلّا لم يصحّ تبديل العين الموقوفة في مورد جوازه بعين آخر يكون وقفاً. وهذا التفصيل آتٍ في الإجازة أيضاً.

جواز بيع الرهن بإجازة المرتهن

(*) **قال المؤسّس الأنصاريّ**ؒ: ظاهر عبائر جماعة من القدماء وغيرهم الأوّل (أي عدم تأثير الإجازة في صحّة البيع) إلّا أنّ صريح الشيخ في النهاية وابن حمزة في الوسيلة وجمهور المتأخّرين عدا شاذٍّ منهم هو كونه موقوفاً[1].

ويمكن الاستدلال على الصحّة على فرض لحوق الإجازة من المرتهن بأُمور:

الأوّل: أنّ الصحّة مقتضى قاعدة وجوب الوفاء بالعقود[2] ودليل حلّ البيع[3] والتجارة عن التراضي[4]، لأنّ خروج فرد عن تحت الدليل المذكور في زمان لا يمنع عن التمسّك به بعد رفع المانع ومضيّ زمان المخصّص، وهذا كما في التقابض في بيع الصرف والسلم وخيار المجلس والحيوان بالنسبة إلى عموم ما يدلّ على اللزوم؛ وحينئذٍ يقال: إنّه إذا أجاز المرتهن فقد ارتفع المانع عن صحّة البيع وهو حقّ المرتهن فيصحّ البيع بعدها. ↰

(١) المكاسب: ج ٤ ص ١٥٤.
(٢) سورة المائدة: الآية ١.
(٣) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.
(٤) سورة النساء: الآية ٢٩.

الثاني: التعليل الوارد في الحسن أو الصحيح المتقدّم[١]، وفيه: فقال أبو جعفر عليه السلام: «إنّه لم يعص الله، وإنّما عصى سيّده، فإذا أجازه فهو له جائز»[٢] وفي الموثّق عنه عليه السلام: «إنّما أتى شيئاً حلالاً وليس بعاصٍ لله إنّما عصى سيّده ولم يعص الله، إنّ ذلك ليس كإتيان ما حرّم الله عليه من نكاح في عدّة وأشباهه»[٣].

ولاريب أنّ مقتضى التعليل أنّ المانع عن صحّة البيع إذا لم يكن عصيان الله عزّوجلّ وكان من جهة التزاحم لحقّ الغير فيحكم بالصحّة بعد رفع المانع من تلك الجهة، وحيث إنّ التعليل في مقام التسجيل على الخصم كما يشهد به صدر الخبر فلابدّ أن يكون خالياً عن التعبّد فهو أظهر من التعليلات الاُخرى في العموم وإلقاء الخصوصيّات التعبّديّة، فحينئذٍ يلقى عنوان العصيان للسيّد وكذا عنوان العصيان، فلا يقال: إنّ الراهن لايكون عاصياً للمرتهن فهو غير مشمول للتعليل، لأنّ دخالته خارج عمّا عليه الارتكاز، وكذا كون المانع حقّاً من حقوق الناس فإنّه لا مدخليّة لذلك أيضاً، وإنّما الملاك في الصحّة زوال المانع ولو كان المانع حقّاً من حقوقه تعالى. ومقتضى ذلك صحّة عقد إحدى الاُختين في حال التزوّج بالاُخرى بعد رفع المانع بأن طلّقت وانقضت عدّتها إلّا أن يكون الدليل على خلافه.

والحاصل: أنّ المستفاد من التعليل قاعدة عقلائيّة تقتضي صحّة العقد السابق المقرون بالمانع بعد رفع المانع.

الثالث: فحوى مادلّ من الأدلّة الخاصّة على صحّة بيع الفضوليّ، لأنّه أجنبيّ والراهن مالك، خصوصاً مادلّ منها على صحّة البيع الفضوليّ الواقع من قبله لنفسه كما هو الظاهر من خبر محمّد بن قيس المتقدّم[٤] أو مقتضى إطلاقه، لاسيّما إذا كان المقصود

---

(١) في ص ١٤٨.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٢١ ص ١١٤ ح ١ من ب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٣) وسائل الشيعة: ج ٢١ ص ١١٥ ح ٢ من ب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٤) في ص ١٤٧.

◄في البيع هو وقوعه عن قبل المرتهن أيضاًبأن يتبدّل حقّه من العين المرهونة إلى الثمن.

والحاصل أنّه لا يرضى فقيه بالالتزام بصحّة بيع المرتهن الأجنبيّ إذا أجاز المالك وعدمِ صحّة بيع الراهن وفساده رأساً، ولعلّه واضح بعد الإحاطة بما ذكر من الدليل.

اجازة المرتهن تكون على أنحاء

ثمّ لايخفى أنّ الإجازة الصادرة من المرتهن تتصوّر على أنحاء:

منها: أن يكون المقصود بها إسقاط حقّه من العين المرهونة فتكون كنايةً عن إسقاط الحقّ.

ومنها: أن يكون المقصود إمضاء انتقال العين المرهونة مع فرض كونها مورداً لحقّه إلى الغير بالبيع الّذي وقع كائناً ما كان، ولازمه إسقاط حقّه إذا كان البيع الواقع من قبل الراهن لنفسه وعدم إسقاطه إذا كان البيع الواقع بداعي كون الثمن متعلّقاً لحقّ الرهانة أيضاً.

ومنها: أن يكون المقصود بها إمضاء البيع بنحو الانتقال من المبدل إلى البدل فيمضي المعاملة بشرط كونها واقعة له أيضاً فيكون الثمن مورداً لحقّ رهانته، وحينئذٍ يصحّ البيع السابق إذا كان قصد الراهن حصول التبديل الكامل وانتقال اعتبار المثمن إلى الثمن، وأمّا إذا كان مقصوده وقوعه لنفسه فقط وإبطال حقّ رهانة المرتهن فلا يصحّ بالإجازة، لعدم التطابق بين العقد والإجازة.

ثمّ إنّه هل يجري فيها نزاع الكشف والنقل أم لا بل لابدّ من القول بالنقل؟

وجه الثاني أمران:

أحدهما: أنّ إجازة المرتهن لو كانت كاشفةً يلزم أن يكون ملك غير الراهن رهناً لدين الراهن.

وفيه: أنّها عليه تكشف عن عدم تحقّق حقّ الرهانة بعد البيع.

ثانيهما: أنّ مرجع الإجازة إلى إسقاط الحقّ، ولا معنى لإسقاط الحقّ المتحقّق في الزمان الماضي.

وفيه: أنّه لافرق بين ذلك وبين التأثير في رفع ملكيّة البائع وثبوت ملكيّة المشتري ►

وإذا باع الراهن العين المرهونة ثمّ افتكّت من الرهن فالظاهر الصحّة*

↵ في‌ما مضى من الزمان، فالحقّ أنّه على القول بالنقل في الفضوليّ لابدّ من القول به هنا، وعلى القول بالكشف الحقيقيّ أو الانقلابيّ لابدّ من القول به هنا.

وعلى ما ذكرناه في الكشف من كون الإجازة مؤثّرة في الملكيّة الحاصلة بعدها لكنّها بالنسبة إلى المملوك السابق كما في فسخ الإجارة الّتي انقضت منها مدّة فلابدّ من القول به هنا.

وتوضيحه: أنّه إن كان مفاد إجازة المرتهن هو إمضاء العقد فمعناها إيجاد الملكيّة للمشتري فعلاً بالنسبة إلى المملوك السابق فيملك نماءه، وإن كان مفادها إسقاط الحقّ فيسقط حقّه الفعليّ بالنسبة إلى المملوك السابق فلا مانع حينئذٍ من تأثير العقد الصادر عن المالك في إيجاد الملكيّة الفعليّة بالنسبة إلى المملوك السابق، فإنّ مقتضى العقد هو تفويض جميع أنحاء الملكيّة إلى المشتري فينتقل إليه منها ما يكون خالياً عن المانع.

ومنه يظهر أنّ تقريب الكشف في المقام بالنسبة إلى ما يرجع إلى إسقاط الحقّ يختلف مع تقريب الكشف بالنسبة إلى الإجازة الصادرة من المالك أو الصادرة من المرتهن من غير أن يكون المقصود منها إسقاط الحقّ.

ومنه يظهر تقريب الكشف بالمعنى المختار في مسألة تعقّب بيع الراهن بفكّ الرهن، فإنّه بعد رفع المانع يؤثّر العقد في إيجاد جميع أنحاء الملكيّة من أوّل العقد ومنها ملكيّة العين الموجود من أوّل العقد بملكيّة فعليّة، فافهم وتأمّل.

وقد ذكرنا تحقيق هذا المعنى في التعليق على المكاسب. والحمد لله تعالى على التوفيق ونسأله الزيادة بما ينبغي لكرم وجهه وعزّ جلاله ونستشفع بمولانا الحجّة المهديّ سلام الله وصلواته عليه.

إذا افتكّت من الرهن بعد البيع

(*) **محصّل وجهها** أنّ عموم وجوب الوفاء بالعقد ودليل صحّة البيع شامل له من ↖

من غير حاجة إلى الإجازة*.

↲أوّل الأمر خرج الزمان المقرون بالمانع وبقي الباقي تحت العموم المذكور.

ويمكن أن يقال: إنّ دليل وجوب الوفاء بالعقد والعهد منصرف عن العقد المضاف إلى مال الغير أو حقّه، لأنّ العرف لا يفهم من وجوب الوفاء بهما وجوبه ولو بالنسبة إلى المعاهدات الواقعة على حقوق الغير فيكون دليل الحقّ مخصّصاً للعموم المذكور؛ فالمرهون مادام كونه مرهوناً غير مشمول لدليل وجوب الوفاء بالعقد وبعد فكّ الرهن يصير مشمولاً له فلم يرد التخصيص من أوّل الأمر حتّى يدور الأمر بين التمسّك بالعامّ أو استصحاب حكم المخصّص.

يحكم بصحّة البيع حينئذٍ من غير حاجة إلى الإجازة

(*) ربما يمكن أن يورد على المتن بأنّه ينافي مامرّ منه في باب من باع شيئاً ثمّ ملكه من أنّه يصحّ بشرط الإجازة، إذ لو فرض أنّ الرضا هناك مقيّد بتحقّق النقل من ملك الغير فيمكن أن يدّعى في المقام أنّه مقيّد أيضاً بكون المبيع في رهن الغير، والداعي على البيع هو الغصب عليه وإخراجه من يده بوساطة المشتري حتّى لايكون لدينه وثيقة فيقدر على المماطلة في الأداء مثلاً أو لغير ذلك من الدواعي، ولو فرض أنّه في المقام غير مقيّد فيمكن فرضه هناك بأن فرض القطع بأنّه باع مترقّباً للتملّك وإخراجِه عن ملكه.

ويـمكن أن يـجاب بأنّ الغالب عند العرف هناك التقيّد دون هنا، فإنّ الغالب عدم التقيّد بذلك وإلّا فيجيء مثل الاحتمال المذكور في‌ما لو باع معتقداً لكون العين مرهونةً فبان عدمها أو كونها مورداً لإجازة الغير فبان عدمه؛ فالظاهر عدم الاحتياج إلى الإجازة في الظاهر، لكون ظهور المعاملة في العرف على عدم التقيّد. وأمّا لو علم قصد البائع وأنّه باع بترقّب فكّ الرهن فعدم الاحتياج إليهامقطوع. ولو علم أنّه باع من باب ↰

وكذا لا يجوز بيع الوقف*

كون العين مرهونة فمقتضى ما تقدّم في المسألة المشار إليها هو الاحتياج إلى الإجازة من باب حصول الرضا المطلق الفعليّ، لا من باب حصول الاستناد فإنّه حاصل.

ويمكن أن يقال بعدم الاحتياج إلى الرضا في الفرض المذكور أيضاً. لأنّ الرضا الفعليّ انطبق على الخارج، فهو راضٍ بنقل ملكه إلى الغير. والتقيّد بالمرهونيّة من باب التقيّد بالدواعي الخارجيّة. وبهذا يمكن أن يقال في المسألة المتقدّمة في باب الفضوليّ.

ويمكن أن يقال بالفرق بينهما ثبوتاً بأنّ قصد البيع عن الغير أو بيع مال الغير ولو عن نفسه مقوّم للموضوع بحيث لايكون العقد المتقدّم صالحاً للإجازة لنفسه إلّا بعد الإصلاح، فالإجازة لازمة فيها لإصلاح العقد المتقدّم وجعله مورداً لإجازته. نعم، لو كان العقد بترقّب التملّك فالظاهر عدم الاحتياج إليها. وهذا بخلاف المقام فإنّ وصف المرهونيّة ليس مقوّماً للعقد السابق حتّى يحتاج إلى الإصلاح. والرضا حاصل كما عرفت، فتحصّل الفرق بين المقامين ثبوتاً في الجملة وإثباتاً.

لايجوز بيع الوقف

(*) إجماعاً محقّقاً في الجملة ومحكيّاً كما في مكاسب المحقّق الأنصاريّ(1).

ويدلّ عليه ما في الوافي عن المشايخ الثلاثة عن محمّد عن بعض أصحابنا أنّه كتب إلى أبي محمّد عليه السلام أو أنّ الصفّار كتب إليه عليه السلام في الوقوف وما روي فيها فوقّع عليه السلام: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها»(2).

فإنّه إمّا يكون معناه أنّها باقية على حسب ما يوقفها أهلها ولايتغيّر عمّا هي عليه،

(١) المكاسب: ج ٤ ص ٣٣.

(٢) الوافي: ج ١٠ ص ٥٤٧ ح ١ و٢ و٣ من ب ٦٩ «باب الوقف»، وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ١٧٥، الباب ٢ من أبواب الوقوف والصدقات.

◄ وإمّا أن يكون المقصود أنّها تابعة لإنشاء الواقفين؛ فعلى الأوّل دلالته على عدم جواز البيع واضح، وأمّا على الثاني فلأنّ مفاده في العرف هو الإيقاف عن النواقل لينتفع بها الموقوف عليهم.

وخبر أبي عليّ بن راشد المرويّ عن الكافي والفقيه، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام قلت: جعلت فداك اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتي بألفي درهم، فلمّا وفيت المال خبّرت أنّ الأرض وقف، فقال: «لايجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلّة في ملكك، ادفعها إلى من أُوقفت عليه» قلت: لا أعرف لها ربّاً؟ قال: «تصدّق بغلّتها»(١).

وما في جملة من صدقات أميرالمؤمنين وموسى بن جعفر عليهما السلام من «أنّها لاتباع ولاتوهب»(٢). مثل قوله عليه السلام في خبر الحذّاء بالنسبة إلى ينبع: «هي صدقة بتّةً بتلاء في حجيج بيت الله وعابر سبيل الله، لاتباع ولا توهب ولا تورث»(٣).

وتقريب الاستدلال بها أنّ الظاهر منها أنّ الوصف المذكور يكون لنوع الصدقة، لا أنّه شرط في خصوص الصدقة الخاصّة.

وقال رحمه الله في الجواهر: والدليل على الحكم واضح، فإنّ النصوص يمكن دعوى تبادرها(٤).

أقول: ويدلّ عليه قاعدة تسلّط الناس على أموالهم، والسيرة العقلائيّة والمتشرّعيّة بلا إشكال.

لكنّ الإنصاف أنّه لا إطلاق في البين يقتضي ذلك إلّا قوله عليه السلام: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها»(٥). وحينئذٍ لايقتضي العموم المذكور عدم جواز اشتراط البيع للمتولّي أو الحاكم أو لغيرهما في بعض الموارد،بل مقتضى الإطلاق المذكور:جواز الاشتراط ◄

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ١٨٥ ح ١ من ب ٦ من أبواب الوقوف والصدقات.

(٢) راجع الوافي: ج ١٠ ص ٥٥٧، الباب ٧٠ «باب صدقات النبيّ وفاطمة والأئمّة عليهم السلام».

(٣) الوافي: ج ١٠ ص ٥٦٠ ح ٩ من ب ٧٠.

(٤) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٥٧٥.

(٥) تقدّم في ص ٥١٩.

ولا بيع أُمّ الولد* إلّا في بعض المواضع فيهما.

ولو لم يكن في البين عموم وجوب الوفاء بالشرط.

وجه عدم الإطلاق أنّ خبر عليّ بن راشد يكون في مورد الشراء من غير المتولّي لذلك بقرينة الذيل، كيف؟! وكان عليه دفع غلّتها إلى المتولّي لا إلى الموقوف عليهم أوّلاً إن كانوا والتصدّق بها ثانياً إن لم يعرفوا.

وأمّا الأخبار الأُخرى الواردة في صدقات الأولياء عليهم السلام فعلى تقدير تسليم الظهور في الوصفيّة للنوع فلا تقتضي ذلك، إلّا أنّ ما ذكر وصف لنوع الوقف بالذات كما أنّ البيع لازم بالذات فلا ينافي اشتراط البيع.

والحاصل: أنّه ليس مقتضى ما تقدّم عدمَ جواز اشتراط البيع من الواقف، بل مقتضى إطلاق مكاتبة الصفّار هو الجواز.

لايجوز بيع أُمّ الولد

(*) في مفتاح الكرامة ما ملخّصه: أنّ عدم جوازبيعها ممّا لاخلاف فيه بين المسلمين كما عن مجمع البرهان والحدائق. وفي الغنية وظاهر المبسوط: الإجماع عليه. وقد ألحق جماعة بالبيع سائر ما يخرجها عن الملك. ولاخلاف عندنا أنّه يجوز بيعها بعد موت ولدها كما في مجمع البرهان، وظاهر الروضة الإجماع[1].

ويستدلّ على عدم جواز بيعها إلّا في الموارد المستثناة بأُمور:

الأوّل: خبر السكونيّ عن الصادق عن أبيه عليهما السلام «أنّ عليّاً عليه السلام أتاه رجل فقال: إنّ أمتي أرضعت ولدي وقد أردت بيعها؟ فقال:خذبيدها فقل:من يشتري منّي أُمّ ولدي؟»[2].

---

(١) مفتاح الكرامة: ج ١٣ ص ١٣٤ ـ ١٣٥.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٢٠ ص ٤٠٧ ح ١ من ب ١٩ من أبواب ما يحرم بالرضاع.

فإنّه ظاهر في كونه من المنكرات في صدر الإسلام كما أشار إليه المحقّق الأنصاريّ(١).

لكن فيه: أنّه معارض بما دلّ على جواز بيعها، وهو قوله في خبر آخر: «وما أُحبّ له أن يبيعها». قلت: فإن احتاج إلى ثمنها؟ قال: «فيبيعها»(٢).

فمقتضى الجمع بينهما هو الكراهة بل هي الظاهر من الخبر الثاني، فيحكم بكراهة بيع أُمّ الولد الرضاعيّة.

الثاني: مفهوم صحيح محمّد بن مارد عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يتزوّج الأمة، فتلد منه أولاداً، ثمّ يشتريها، فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئاً بعد ما ملكها، ثمّ يبدو له في بيعها، قال: «هي أمته، إن شاء باع ما لم يحدث عنده حملٌ بعد ذلك، وإن شاء أعتق»(٣).

الثالث: صحيح عمرو بن يزيد المرويّ في الوسائل عن الفقيه والكافي عن أبي إبراهيم عليه السلام، قال: قلت له: أسألك؟ قال: «سل»، قلت: لِمَ باع أمير المؤمنين عليه السلام أُمّهات الأولاد؟ فقال عليه السلام: «في فكاك رقابهنّ»، قلت: وكيف ذاك؟ قال: «أيّما رجل اشترى جاريةً فأولدها، ثمّ لم يؤدّ ثمنها، ولم يدع من المال ما يؤدّي عنه أُخذ ولدها منها وبيعت وأُدّي ثمنها» قلت: فتباع في ما سوى ذلك من الدين؟ قال: «لا»(٤).

فإنّ صدره يدلّ على استنكار بيع أُمّهات الأولاد في ارتكاز السائل فسأل عن العويصة من حيث صدور بيعهنّ عن أمير المؤمنين عليه السلام، وذيلَه يدلّ على عدم جواز بيعهنّ في ما سوى ذلك من الدين، فيدلّ على عدم جواز بيعهنّ إذا لم يكن دين في البين بالأولويّة.

إلى غير ذلك فراجع(٥).

ولا يعارضها صحيح زرارة أو الحسن، قال: سألته عن أُمّ الولد، قال: «أمة تباع

---

(١) المكاسب: ج ٤ ص ١٠٧.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٢٠ ص ٤٠٨ ح ٢ من ب ١٩ من أبواب ما يحرم بالرضاع.

(٣) وسائل الشيعة: ج ٢٣ ص ١٧٢، الباب ٤ من أبواب الاستيلاد.

(٤) وسائل الشيعة: ج ٢٣ ص ١٧٠ ح ١ و٢ من ب ٢ من أبواب الاستيلاد.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٧٨، الباب ٢٤ من أبواب بيع الحيوان.

المسألة السادسة عشر: يجوز بيع الوقف في مواضع:

منها: إذا خرب الوقف بحيث لم يمكن الانتفاع بعينه مع بقائه*كالجذع البالي والحصير الخلق والدار الخربة الّتي لا يمكن الانتفاع حتّى بعرصتها.

وتورث وتوهب، وحدّها حدّ الأمة»[١].

وذلك لأنّه مهجور الظاهر عند الأصحاب، لتسلّم عدم جواز بيع أُمّ الولد بينهم. فلابدّ من حمله إمّا على صورة موت الولد أو تباع في ثمن رقبتها وتوهب من ولدها الموجب للانعتاق عليه. فيكون المقصود من الصحيح أنّها لاتخرج بالاستيلاد عن الملك وأنّها أمة وحدّها حدّ الأمة فتباع في الجملة وتوهب في الجملة وتورث في الجملة. ولاينافي ذلك وجود حدود لذلك.

ويمكن أن يكون السائل ابن رئاب والمسؤول زرارة. وكيف كان، فالمسألة مسلّمة عندهم كما عرفت.

جواز بيع الوقف إذا خرج عن الانتفاع بواسطة خرابه

(*) نسبه في الجواهر إلى المقنعة والخلاف والمختلف ووقف التذكرة وظاهر الانتصار[٢].

فإنّ من يجوّز بيعه إذا لم يجد نفعاً يجوّز في مورد المسألة، ومن يجوّز بيعه في صورة الخراب مع عدم وجود العامر يجوّز في تلك الصورة المركّبة من فرض خراب الوقف وعدم النفع للموقوف عليهم، وهو مقتضى من جوّزه في صورة خشية الخراب مطلقاً، فإنّ الجواز فيها يستلزم الجواز في الصورة المذكورة بالأولويّة. وكذا الجواز فيها مقتضى قول من يجوّزه في صورة خشية الخراب وصيرورته بحيث لا يجدي نفعاً؛

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٧٩ ح ٣ من ب ٢٤ من أبواب بيع الحيوان.

(٢) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٥٩٠.

↲ فلعلّه يمكن نسبة جواز بيعه في الصورة المذكورة إلى المشهور بين الأصحاب.

ويدلّ عليه:

الأوّل: حكم العقل، لأنّ الأمر يدور بين إتلافه، أو إبقائه إلى أن يتلف إن كان ممّا يتمشّى فيه ذلك كالحصير أو الجذع البالي، أو بيعه وتبديله بماله نفع للموقوف عليهم، ولا ريب في استقلال العقل بالثالث فيصحّ بيعه بل يحسن ذلك قطعاً. فحينئذٍ إن عيّن الواقف له متولّياً بحيث يشمل مورد توليته للبيع إذا كان صحيحاً فيتولّى بيعه وإلّا يرجع الأمر إلى الحاكم ولو لم يثبت عموم نيابته عنه عليه السلام في جميع الأمور، وذلك لأنّ المفروض استقلال العقل بحسنه في الجملة فيكون صدوره حسناً من أحد في الجملة، والحاكم هو المتيقّن لكن مع الاستيذان من البطن الموجود من الموقوف عليهم إن تمكّن من ذلك.

الثاني: أنّ المقتضي لجواز البيع موجود والمانع مفقود:

أمّا الأوّل فلأنّه يصحّ البيع في كلّ ما يقبل التمليك بالنسبة إلى المشتري ولو لم يكن ملكاً للبائع، كالكلّيّ في الذمّة فإنّه يصير ملكاً بنفس الانتقال إلى المشتري ويصحّ ذلك ممّن يستحقّ العين الموجودة ولو من جهة تملّك منافعها أو تملّك انتفاعها إذا لم يكن في البين حقّ ذي حقّ آخر. والعين الموقوفة تكون بتلك الصفة، فإنّها وإن لم تك ملكاً لأحد على الظاهر، إذ بعد تفويض جميع منافعها إلى الموقوف عليهم لا يعتبر كونها ملكاً للواقف وليست ملكاً للموقوف عليهم بحيث يكون لهم التصرّف فيها بما شاءوا إذا لم يكن منافياً للوقف، لعدم الدليل على ذلك وعدمِ اقتضاء إنشاء الوقف ذلك؛ مع أنّه من المعلوم عند المتشرّعة أنّهم لا يملكون إلّا ما عيّن لهم بحسب إنشاء الوقف من المنفعة أو الانتفاع؛ فليس للطلبة إيجار المدارس وليس للمسلمين إيجار المساجد في ما لم يكن مزاحماً لانتفاع الموقوف عليهم، لأنّهم لا يملكون ذلك. فليست العين ملكاً للموقوف عليهم على الظاهر.

نعم، هم يملكون المنافع أو الانتفاع. فبما أنّهم يملكون ذلك يصحّ لهم بيعُ العين المتعذّر استيفاء المنافع منها على الفرض وتبديلُها بعين يتمكّن الانتفاع منها، وينوب ↰

ويلحق بذلك ما إذا خرج عن الانتفاع أصلاً من جهة أُخرى * غير الخراب.

عن المعدوم أو الغائب المتولّي أو الحاكم الشرعيّ.

هذا بيان المقتضي.

وأمّا الثاني أي عدم المانع فلأنّه ليس في البين مانع إلّا من جهة كون مفاد الوقف حبس العين عن النواقل القهريّة والاختياريّة، وهو وإن كان كذلك إلّا أنّه لم ينشأ ذلك مستقلّاً، بل مفاده العرفيّ حبس العين عن البيع وسائر النواقل لانتفاع الموقوف عليهم بذلك، ومقتضى ذلك: أنّه لا مانع من البيع حينئذٍ، لفرض تعذّر الانتفاع لهم إلّا بتبديلها إلى عين آخر فيجوز البيع للانتفاع بالبدل. وأمّا الإرث والبيع المنافي لحقّ انتفاع الموقوف عليهم فهما على حالهما من عدم الجواز.فتأمّل في المقام فإنّ المبحث لا يخلو عن الغموض والإشكال.

ويلحق به إذا خرج عن الانتفاع لجهة أُخرى

(*) كما لو سدّ الطريق من جميع الجوانب ولا يمكن لهم الانتفاع إلّا بالتبديل، أو صار مورداً لتصرّف الحكومة كما يتّفق كثيراً في عصورنا،فإنّها تتصرّف الأراضي الموقوفة للسكك الحديديّة وللشوارع المحتاج إليها في البلاد ولا يمكن الانتفاع بها للموقوف عليهم فيصحّ حينئذٍ بيعها منها ولو فرض كونها غاصبةً،إذ البيع يقع برضا الموقوف عليهم الموجودين وبإذن المتولّي أو الحاكم بالنسبة إلى الغائبين أو المعدومين. ولا يكون البيع المزبور من أقسام بيع المكره ولو كان الرضا متحقّقاً على فرض الغصب وعدم إمكان الانتفاع،إذ الحكم بصحّة البيع حينئذٍ امتنانيّ، إذ لولا البيع لا يحصل البدل في يد المالك.

إلّا أن يقال: إنّ عدم صحّته حينئذٍ امتنانيّ أيضاً، من جهة إمكان أخذ الثمن بصورة البيع تقاصّاً؛ لكنّ الظاهر ثبوت الامتنان لو لم يتوجّه ذهنه إلى التقاصّ أو لا يريد الأخذ بالمقاصّة ومع ذلك يريد أخذ بدل ماله.

لكن ما قلنا يتمشّى في الملك الشخصيّ.

وكذا ما إذا خرج عن الانتفاع المعتدّ به* بسبب الخراب أو غيره بحيث يقال في العرف: لا منفعة له،

↲ وأمّا العين الموقوفة فيمكن أن يقال: إنّه لا يصحّ من الحاكم أو المتولّي حينئذٍ البيع من الغاصب أو من غيره، لأنّ أخذ البدل عنه بصورة البيع وبقصد التقاصّ أصلح بالنسبة إلى المعدومين أو الغائبين.

ومنه يظهر الإشكال في البيع منه بالنسبة إلى مال الصغير أو المجنون فإنّ المصلحة تقتضي أخذ الثمن منه تقاصّاً،بل الأمرفيه أشكل، من جهة عدم جواز المرور في الطريق حينئذٍ، لكنّ الظاهر أنّه لا إشكال في المرور من الوقف المغصوب المجعول شارعاً، لعدم مزاحمة ذلك لحقّ الموقوف عليهم، فتأمّل.

ويمكن أن يقال:إنّه يصحّ البيع من الوليّ والمتولّي إذا لم يكن عود العين إلى الموقوف عليهم مرجوّاً، كما هو الحال بالنسبة إلى الشوارع، فإنّ العود إلى المالكين غير محتمل عرفاً حتّى مع ظهور الوليّ عجّل الله له الفرج، لاحتياج العامّة إليها فيجوز لهما قصد البيع والرضا به واختياره على التقاصّ. هذا.

مع أنّ المصلحة ليست منحصرةً بالأمور الماليّة، فإنّ إباحة تصرّف المؤمنين وعدم ابتلائهم بالمعصية من المصالح الّتي توجب الثواب فيمكن للوليّ أو المتولّي اختيار البيع والانتفاع بثمنه للصغير أو الموقوف عليهم حتّى يجوز للعامّة التصرّفات بالنسبة إلى الموارد الّتي لايجوز فيها التصرّف كما في مال الصغير والتصرّفات المزاحمة لانتفاع الموقوف عليهم ويجعل ثواب ذلك للمولّى عليه أو الموقوف عليهم، فتأمّل. وحيث إنّ المسألة مورد للابتلاء في هذا العصر أطلنا الكلام فيه بالنقض والإبرام ليكشف الحقّ، وللكلام فيها محلّ آخر، وهو الموفّق الهادي.

يجوز بيعه إذا خرج عن الانتفاع المعتدّ به

(*) قال الشيخ المؤسّس الأنصاريّ ﷺ: فالظاهر دخول الصورة المذكورة في إطلاق ↵

كما إذا انهدمت الدار وصارت عرصةً يمكن إجارتها بمقدار جزئيّ وكانت بحيث لو بيعت وبدّلت بمال آخر يكون نفعه مثل الأوّل أو قريباً منه*،

↲كلام كلّ من سوّغ البيع عند خرابه بحيث لا يجدي نفعاً، ويشمله الإجماع المدّعى في الانتصار والغنية(١).

أقول: بعد ما علم في المسألة السابقة أنّ المانع عن جواز البيع ليس إلّا كون المنع عنه وعن سائر النواقل مأخوذاً في مفاد الوقف ومورداً لإنشاء الواقف وعلم أيضاً أنّ مفاده عرفاً هو المنع عنها للانتفاع به وليس المنع عنها نفسيّاً صِرفاً وفرض فيما نحن فيه أنّ المنفعة الموجودة بحكم المعدوم عرفاً المستلزم لعدم شمول المنشأ للمقام يعلم أنّه لا إشكال في إلحاق هذه الصورة بالصورة المتقدّمة.

نعم، يبقى الكلام في صورة الشكّ ـ وهي ممّا تتحقّق غالباً ـ وأنّه لو شكّ أنّها تلحق بالمعدوم أم لا فهل يحكم بعدم جواز البيع للاستصحاب أعني استصحاب عدم جواز البيع ـ ويمكن استصحاب عدم كون المنفعة بحكم المعدوم، على إشكالٍ فيه معروفٍ عند أهله ـ أو يحكم بالجواز،لعموم دليل صحّة البيع ممّن له حقّ على المال، والمخصّص الّذي هو منع الواقف في إنشائه مجمل بحسب المفهوم فيرجع إليه؟ وجهان.

لعلّ الأصحّ هو الأوّل، وذلك لأنّ المخصّص في الحقيقة عموم «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها»(٢). والشبهة بالنسبة إليه مصداقيّة كما لا يخفى.

في اشتراط أن يكون نفعه مثل الأوّل والإشكال فيه

(*) الشرط المذكور غير واضح الوجه، بل الصحيح جواز البيع لو كان التبديل موجباً لجلب النفع المعتدّ به ولو لم يكن مثل الأوّل أو قريباً منه. ↰

---

(١) المكاسب: ج ٤ ص ٧٢.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ١٧٥، الباب ٢ من أبواب الوقوف والصدقات.

نعم، لابدّ للوليّ أو المتولّي ملاحظة الأصلح بحال الموقوف عليهم، فيقدّم التبديل الّذي يكون نفع البدل على فرضه كالأوّل على ما كان قريباً من ذلك والقريب منه على غيره كما هو واضح.

ولو فرض عدم إمكان التبديل في الصورة المذكورة إلّا بما تكون منافعه بمقدار العين الموقوفة المخروبة ففي مكاسب الشيخ الأنصاريّ: أنّه لا ينبغي الإشكال في عدم الجواز (١).

وفيه: أنّه بعد ما فرض عدم المانع من ناحية إنشاء الوقف فلا مانع من البيع إذا كان عقلائيّاً، كما لو فرض كون القرية المخروبة مساويةً في المنفعة لدكّان معمور لكنّ الانتفاع من الأُولى يتوقّف على بذل المساعي وصرف الأوقات بخلاف الثاني فإنّه يحصل بالسهولة أو كانت مساويةً لقرية مخروبة أُخرى لكنّ الثانية أسهل تناولاً للموقوف عليهم.

لكن لا يبعد أن يقال: إنّه إذا بدّلت الموقوفة بماله نفع معتدّ به بالنسبة إليه كتبديل القرية بالدكّان لا يجوز بيع الثاني، لأنّه بدل الوقف فيجري فيه ما يجري فيه. وأمّا إذا بدّلت بما هو كالأوّل من جهة كون منافعه كالمعدوم يجوز بيع البدل أيضاً كما جاز بيع المبدل بل جواز بيعه أولى من المبدل.

ويمكن أن يقال: إنّ الأحوط أن يكون التبديل في هذا الفرض على النحو الأوّل حفظاً لمفاد الوقف في البدل، وهو العالم.

ثمّ لا يخفى أنّ الظاهر من منساق كلماتهم في الصورتين أنّ المفروض هو الخروج عن الانتفاع أو الانتفاع المعتدّ به إلى الأبد بحيث لا يُرجا عود الوقف إلى قابليّته للانتفاع فإنّه الظاهر من قول المتن: «بحيث لم يمكن الانتفاع بعينه» وقوله: «خرج عن الانتفاع»؛ فتقييد بعض المعاصرين (٢) في تعليقته بما إذا لم يرج عوده بحسب العادة من قبيل التوضيح للمتن، وهو توضيح في محلّه.

لا يقال: يمكن إلحاق ما احتمل بقاؤه إلى الأبد على صفة عدم الانتفاع بما يعلم ذلك

---

(١) المكاسب: ج ٤ ص ٧١.

(٢) هو الإمام الخمينيّ.

وأمّا إذا قلّت منفعته لكن لا إلى حدّ يلحق بالمعدوم فالظاهر عدم جـواز بيعه* ولو أمكن أن يشترى بثمنه ما له نفع كثير.

بالاستصحاب فيجوز بيعه حينئذٍ، لأنّ استصحاب عدم جواز بيعه مسبّب عن البقاء بصفة عدم الانتفاع وعدم بقائه عليها فيستصحب البقاء فيجوز ويكون حاكماً على استصحاب عدم جواز البيع.

لأنّه يقال: عدم النفع إلى الأبد ليس موضوعاً للأثر الشرعيّ الّذي هو جواز البيع، لأنّ جواز البيع من باب عدم مشموليّته لإنشاء الوقف المانع عن البيع، فالأثر يترتّب على عدم النفع إلى الأبد مع الواسطة، لأنّه يقال: إنّ الأصل عدم النفع إلى الأبد فهو غير مشمول لمنع الواقف عن البيع الّذي هو بلحاظ انتفاع الموقوف عليهم فيجوز بيعه، فالأصل المذكور مثبت على ما استقرّ عليه الاصطلاح.

في ما إذا قلّت منفعته

(*) قال الشيخ الأنصاريّ ﴿ره﴾ في صورة عروض الخراب على الوقف بحيث يقلّ منفعته لكن لا على وجه يلحق بالمعدوم: إنّ الأقوى المنع عن البيع، وفاقاً لظاهر الأكثر في مسألة النخلة المنقلعة ـ إلى أن قال: ـ والأولى منه بالمنع ما لو قلّت منفعته من دون خراب[1].

وقال في الجـواهـر: حكى الشهيد في الدروس وغاية المراد عن المفيد جواز بيع الوقف إذا كان البيع أعود على الموقوف عليهم وأنفع لهم، وتبعه عليه جملة المتأخّرين. ولكن لم نتحقّق ذلك من كلامه[2].

أقول: لا إشكال في أنّ مقتضى صحّة الوقف وكون «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها»: عدم جواز بيعه في الصورة المذكورة ولو علم بأنّه لو كان الواقف ملتفتاً إلى تلك الصورة لكان يقيّد وقفه بغيرها ويجيز بيعه فيها للتبديل بما هو أعود لهم، وذلك

---

(١) المكاسب: ج ٤ ص ٧٦ ـ ٧٧.

(٢) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٥٩١.

لأنّ الملاك في ترتيب الأثر على الوقف إنّما هو إنشاء الواقف لا أغراضه الواقعيّة. ومفاد إطلاق الإنشاء هوعدم جواز البيع إذا كان للوقف نفع يصلح لأن يحصل للموقوف عليهم ولو كان ذلك من باب عدم تصوير قلّة النفع للعين الموقوفة وإمكان التبديل بما هو أعود لهم. هذا.

ولكنّ الإنـصاف: عدم وضوح ما ذكر، من جهة أنّه ليس مفاد قوله عليه السلام: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها»[1] إلّا نظير مفاد ﴿أَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[2] و﴿أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾[3] و«الصلح جائز بين المسلمين»[4]. فكما أنّ الحكم بصحّة البيع أو الإجارة أو الصلح بما أُشير إليه من الأدلّة وكذا لزومها بذلك لا ينافي جواز الإقالة وحلّ المعاملة من الطرفين، لأنّ الحقّ لا يعدوهما كما ورد في بعض الروايات ـ وهو المطابق للارتكاز المغروس في الأذهان ـ كذلك ماورد في الوقف، فإنّ جعل الحكم المذكور ليس بحسب الارتكاز العقلائيّ إلّا لحفظ حقّ الواقف والموقوف عليهم من جميع الطبقات؛ فحينئذٍ لو فرض عدول الواقف عن إطلاقه لمّا رأىٰ قلّة النفع وإمكان التبديل بما له أعود للموقوف عليه وأجاز ذلك الموقوف عليه ـ بأن كان الموقوف عليه شخصاً معيّناً ـ فعدم الجواز التعبّدي الّذي ليس مبنيّاً على حفظ حقّ الواقف والموقوف عليه بل يكون على رغم مصالحهما مشكل ثبوتاً وإثباتاً، فإنّ دليل الوقف ليس إلّا كأدلّة سائر المعاملات.

والتمسّك ببعض الأخبار الواردة الدالّة على عدم جواز بيع الوقف مثل خبر أبي عليّ بن راشد المتقدّم[5] غير واضح، لأنّه لا يستفاد منه غير لزوم مراعاة حقّ الواقف والموقوف عليهم ولذا أمر بالتصدّق بغلّته إذا لم يعرفوا، لأنّ ذلك من مراتب مراعاة حقّهما في ذلك. كيف؟! ولو كان المستفاد من الأخبار عدم جواز البيع تعبّداً لكان اللازم هو الحكم

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ١٧٥، الباب ٢ من أبواب الوقوف والصدقات.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٣) سورة المائدة: الآية ١.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٤٤٣ ح ٢ من ب ٣ من أبواب كتاب الصلح.

(٥) في ص ٥٢٠.

﴿ بعدم جوازه فيما تقدّم من الصورتين، إذ لا وجه لدعوى الانصراف عنهما دون مفروض المقام ممّا اجتمع الواقف والموقوف عليه على البيع والتبديل.

وإذا لم يكن مانع من التبديل في الصورة المذكورة فلا مانع منه أيضاً في صورة موت الواقف وعدم وجود جميع الموقوف عليهم إذا كان التبديل بنظر الوليّ الشرعيّ الّذي هو الحاكم أو المتولّي المنصوب من قبل الواقف على طبق مصالح الوقف كائنةً ما كانت أصلح بحالهما وتيقّن رضاهما بذلك.

وما ذكرناه وإن كان مخالفاً لما اشتهر بين الأصحاب على ما عرفت بل كاد أن يكون إجماعيّاً إلّا أنّ الشهرة المزبورة ليست مستندةً إلّا إلى مادلّ على لزوم الوقف ممّا أُشير إليه، إذ من المقطوع عدم ورود دليل خاصّ في المسألة يكون مورداً لاتّكائهم وكان الدليل محجوباً عنّا.

ثمّ إنّه لو كان عدم جواز بيع الوقف حكماً من الأحكام الشرعيّة لا حقّاً للواقف أو الموقوف عليهم لم يجز اشتراطه من الواقف في بعض الأحيان، لأنّه شرط على خلاف السنّة. وسيجيء إن شاء الله تعالى ما يدلّ على صحّته من الدليل الصحيح. هذا.

مع أنّه يستدلّ على جواز البيع في الصورة المذكورة بأُمور:

منها: صحيح عليّ بن مهزيار، قال: كتبت إلى أبي جعفر الثانيعليه السلام: إنّ فلاناً ابتاع ضيعةً فأوقفها وجعل لك في الوقف الخمس، ويسأل عن رأيك في بيع حصّتك من الأرض أو تقويمها على نفسه بما اشتراها أو يدعها موقوفةً، فكتب إليّ: «أعلِم فلاناً أنّي آمره أن يبيع حقّي من الضيعة وإيصال ثمن ذلك إليّ، وإنّ ذلك رأيي إن شاء الله، أو يقوّمها على نفسه إن كان ذلك أوفق له»[1].

فإنّ الظاهر أنّه جعل خمس الضيعة وقفاً لهعليه السلام، لا أنّه جعل خمسها له وأوقف الباقي.

لكن فيه: أنّ الظاهر أنّ الخمس الّذي أُشير إليه فيها هو الخمس الواجب عليه، وما هو الواجب عليه إعطاؤه لهعليه السلام، لا الإيقاف عليه، فالوقف بعنوان الخمس باطل إلّا أن ﴾

(١) وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ١٨٧ ح ٥ من ب ٦ من أبواب الوقوف والصدقات.

يجيزه الإمام عليه السلام فهو من قبيل الوقف الفضوليّ.

ومنها: ماورد في ذيل خبر جعفربن حيّان الوارد في رجل وقف غلّة له على قرابته من أبيه وقرابته من أُمّه، قال: قلت: فللورثة من قرابة الميّت أن يبيعوا الأرض إذا احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلّة؟ قال: «نعم، إذا رضوا كلّهم وكان البيع خيراً لهم باعوا»(١).

والإشكال فيه بـ«ضعف السند من جهة كون الراوي جعفر بن حيّان» مدفوعٌ بأنّ الراوي عنه عليّ بن رئاب، والّذي يروي عنه هو الحسن بن محبوب، وهو من أصحاب الإجماع، فالخبر بحكم الصحيح على المشهور في شرح مفاد الإجماع المعنون في كتب الرجال.

بيان الاستدلال به أن يقال: إنّ قوله عليه السلام: «إذا رضوا كلّهم...» ليس تكراراً لما في السؤال بلا وجه يوجبه، لكفاية قوله عليه السلام: «نعم».

فالظاهر أنّ المقصود بيان ملاك الحكم وأنّ الملاك رضا الموقوف عليه بالنسبة إلى من يمكن منهم تحصيل الرضا وكون البيع أعود لمجموع الموقوف عليهم، فمرجع الضمير في «كلّهم» في الجملة الأُولى و«لهم» في الجملة الثانية هو الموقوف عليهم ويكون المقصود في الأُولى كلّ من يتمكّن تحصيل رضاهم، وحينئذٍ يكون المقصود من كون البيع خيراً لهم هو التبديل، فإنّ البيع لا يكون خيراً لمجموع الطبقات إلّا أن يكون على وجه التبديل، لا بيع الطبقة الموجودة وصرف ثمنه في مصالحها. وبذلك يفسّر صدر الخبر وأنّ المقصود من قول السائل: «إذا احتاجوا» هو الاحتياج إلى النفع الزائد بالتبديل، أو يقيّد بذلك، والثاني هو الأقوى.

لكنّ الإنصاف: أنّ الظاهر من الذيل كون المرجع في الضميرين واحداً حقيقةً بدون الاستخدام في الضمير أو التقدير، ومن المعلوم أنّ المرجع الحقيقيّ في الضمير الأوّل هو الطبقة الموجودة، لعدم إمكان رضا المعدوم بالبيع فمرجع الضمير الثاني أيضاً هو الطبقة الموجودة، كما أنّ تقييد الصدر أو تفسيره خلاف الظاهر، إذ الظاهر من قوله:

(١) وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ١٩٠ ح ٨ من ب ٦ من أبواب الوقوف والصدقات.

«نعم، إذا رضوا» هو تقرير ما في السؤال لا التقييد، فتأمّل.

والتفسير خلاف الإطلاق المسلّم للصدر قطعاً، فحينئذٍ لابدّ من حمل الخبر الشريف على الوقف على الطبقة الأُولى من قرابة الواقف كما هو المتراءىٰ من قوله: «فللورثة من قرابة الميّت» حيث إنّ المستشعر منه أنّ القرابة الموقوف عليها غير ورثتهم في لحاظ السائل وأنّ ارتكاز السائل أنّ الوقف يكون على قرابة الرجل.

مضافاً إلى بعض قرائن أُخرى في الخبر الشريف على ذلك.

إن قلت: إذا كان الوقف منقطع الآخر فلا وجه لرجوعه إلى ورثة الموقوف عليه.

قلت: الوجه فيه كون المورّث الموقوف عليه مالكاً للانتفاع أو المنفعة فينتقل ذلك إلى ورثته ولو لم يصدق عليه قرابة الواقف عرفاً، كالمطلّقة الرجعيّة الّتي ترث من الموقوف عليه.

إن قلت: كما أنّ تبديل العين بعين آخر موجب للوقفيّة وتعلّق حقّ الواقف به فلا يجوز بيعه كذلك التبديل في مقام الإرث فلابدّ أن لايجوز لهم البيع كما لم يكن يجوز لمورّثهم.

قلت: حقّ الواقف هو انتفاع الموقوف عليهم وحبس العين إنّما هو من جهة ذلك، فتبديل العين بعين أُخرى يوجب انتقال حقّ الواقف إليه أيضاً. وهذا بخلاف التبديل في المالك، فإنّ حقّ الواقف غير قابل للانتقال، لأنّ حقّه هو انتفاع الطبقة الأُولى وهو ساقط بموتها وانقراضها.

والفرق بين الموردين أنّ انتفاع الموقوف عليهم هو المقصد الأصليّ في الوقف، وإيقاف العين الخاصّ لايلاحظ في العرف إلّا من باب المقدّمة إلى إيصال النفع إليهم، فالحقّ المنتقل من العين الخاصّ إلى بدله هو حقّه الأصليّ، وأمّا انتقال حقّ الانتفاع من الموقوف عليه إلى وارثه فليس مورداً لعلاقة الواقف ومتعلّقاً لما يتعلّق غرضه به بالأصالة.

وخلاصة الكلام: أنّ المستفاد من الخبر الشريف لعلّه انتقال الموقوفة من المنقطع آخرها إلى ورثة الموقوف عليهم من دون أن يكون معنوناً بعنوان الوقف، وهو العالم.

ومنها: إذا كان يؤدّي بقاؤه إلى خرابه* سواء كان لخلف بين أربابه أو لغير ذلك،

ومنها: ما عن الاحتجاج عن الحميريّ عن صاحب الزمان عجّل الله تعالى فرجه أنّه «كتب إليه: روي عن الصادقعليه‌السلام خبر مأثور: إذا كان الوقف على قوم بأعيانهم وأعقابهم فاجتمع أهل الوقف على بيعه وكان ذلك أصلح لهم أن يبيعوه» فهل يجوز أن يشترى من بعضهم إن لم يجتمعوا كلّهم على البيع أم لايجوز إلّا أن يجتمعوا كلّهم على ذلك؟ وعن الوقف الّذي لايجوز بيعه؟ فأجابعليه‌السلام: «إذا كان الوقف على إمام المسلمين فلا يجوز بيعه،وإذا كان على قوم من المسلمين فليبع كلّ قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين ومتفرّقين إن شاء الله»[1].

فإنّ صدر الخبر دالّ على ورود الخبر على جواز بيع الوقف إذا كان أصلح لهم أي للقوم الموقوف عليهم بأعيانهم وأعقابهم أو للموجودين من أهل الوقف، والأوّل هو المتيقّن من جواز البيع.

وأمّا الذيل فليس إلّا في مقام عدم كون الاجتماع شرطاً فيما يقدرون على بيعه أي فيما يصحّ منهم البيع.

هذا ما يمكن الاستدلال به على صحّة البيع في تلك الصورة فلابدّ من التأمّل التامّ. وقد عرفت أنّ التبديل بإذن المتولّي أو الحاكم لا يخلو عن وجه.

إذا كان يؤدّي بقاء الوقف إلى الخراب

(*) أقول: هو في الجملة محكيّ في الجواهر عن التحرير وتلخيص المرام والنهاية وغاية المرام وظاهر المبسوط والوسيلة وجامع المقاصد وغير ذلك[2].

ويستدلّ على ما في المتن بما استدلّ به لما خرج عن الانتفاع المعتدّ به من الأمرين.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ١٩١ ح ٩ من ب ٦ من أبواب الوقوف والصدقات.

(٢) جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٥٩٠.

◄ ومحصّل أحدهما: حكم العقل بذلك.

ومحصّل ثانيهما: وجودُ المقتضي ـ وهو إذن من له الحقّ أو من له الولاية من الحاكم أو المتولّي ـ وعدمُ المانع، إذ المانع ليس إلّا ما أُخذ في مفهوم الوقف من عدم البيع وماورد في الدليل من عدم جواز بيع الوقف وشرائه كما في خبر أبي عليّ بن راشد المتقدّم[1]. والأوّل مأخوذ في مفهومه أنّه للتوسّل به إلى انتفاع الموقوف عليهم، والمفروض أنّ عدم البيع ينجرّ إلى ذلك لا البيع، والثاني منصرف إلى غير تلك الصورة.

ويمكن **الاستدلال** له أيضاً بمكاتبة عليّ بن مهزيار، قال: وكتبت إليه (أي إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام): إنّ الرجل ذكر أنّ بين من وقف عليهم هذه الضيعة اختلافاً شديداً، وأنّه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده، فإن كان ترى أن يبيع هذا الوقف ويدفع إلى كلّ إنسان منهم ما وقف له من ذلك أمرته؟ فكتب إليه بخطّه: «وأعلمه أنّ رأيي له إن كان قد علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف أن يبيع الوقف أمثل، فإنّه ربّما جاء في الاختلاف تلف الأموال والنفوس»[2]. هذا.

ولكن يمكن المناقشة في الجميع:

أمّا الأوّل فلأنّه يحتمل عقلاً أن يكون في إبقاء الوقف حتّى يسقط عن الانتفاع بنفسه مصلحة ملزمة في نظر الشارع ولو كانت تلك هي التشديد في إبقاء الوقف وعدم تغييره عمّا هو عليه.

وأمّا الثاني فلأنّ كون إبقائه مستلزماً لسقوطه عن الانتفاع غير سقوطه فعلاً عنه وإلّا كان عين الصورة الأُولى، فالمفروض أنّه قابل للانتفاع فعلاً، فالبيع الفعليّ مانع عن الانتفاع به فعلاً وإن كان موجباً لصلاحيّته للانتفاع ببدله بعد ذلك حين خروج العين عن الانتفاع، فما أُنشئ في الوقف من الإيقاف عن البيع للانتفاع منطبق على الخارج، فالمانع موجود.

وأمّا المكاتبة فلأنّ مفاد التعليل إمّا وجود الخطر من تلف الأموال والنفوس بنحو المجموع وإمّا أن يكون المقصود كفاية كلّ من خطر تلف المال والنفس لجواز البيع. ◄

---

(١) في ص ٥٢٠.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ١٨٨ ح ٦ من ب ٦ من أبواب الوقوف والصدقات.

◄ فعلى الأوّل لا ينطبق على المورد.

وأمّا على الثاني فغير معمول به عند الأصحاب. كيف؟! ولازم ذلك جواز البيع في صورة احتمال كون إبقائه موجباً لتلف بعض ما ليس بوقف، وهو ممّا لا يساعده الارتكاز.

نعم، يمكن أن يقال ـ مع قطع النظر عن فتوى الأصحاب ـ : إنّ المقصود من التعليل الوارد في المكاتبة خوف الضرر، فإنّ عدم جواز بيع الوقف كسائر الأحكام الشرعيّة مرفوع بما إذا استلزم الضرر، فحينئذٍ لابدّ من ملاحظة التزاحم بين الضرر المعلوم ترتّبه أو المخوف كذلك والعين الموقوفة، ولعلّه يجيء الكلام إن شاء الله تعالى في مفاد ذيل المكاتبة.

ويمكن دفع المناقشة عن الثاني بأنّ مفاد إنشاء الوقف عرفاً هو حبس العين عن البيع وغيره من النواقل للانتفاع المطلق الأعمّ من الفعليّ وغيره، فالمقصود أنّه لا يباع حتّى ينفع به إلى الأبد، ومع فرض كون بقائه مانعاً عن الانتفاع به بعد ذلك فهو غير مشمول للنفع المأخوذ في إنشاء الوقف.

والإنصاف: عدم دفع المناقشة بذلك، إذ لو كان كذلك لجاز البيع وإن لم يمكن التبديل بما يكون الانتفاع به أبديّاً، إذ لا مانع حينئذٍ من البيع.

ويمكن أن يقال في دفع المناقشة بانصراف إنشاء الوقف عن شموله لمنع البيع الّذي يكون تركه موجباً لتفويت منافع الوقف ولو كان موجباً للانتفاع بالعين في الجملة قبل السقوط عن الانتفاع.

لكنّه ممنوع أيضاً، فإنّ المنشأ حبس العين للانتفاع، وهو صادق في المقام؛ فالأولى الاعتراف بورود المناقشة مع قطع النظر عمّا تقدّم من تقرير جواز بيع الوقف إذا كان أعود وأصلح للموقوف عليهم.

ثمّ لا يخفى أنّ صِرف كون أداء البقاء إلى سقوط الانتفاع بالعين ولو علماً لا يصير مجوّزاً على مبنى القوم من عدم صحّة البيع بصِرف كون البيع أعود لهم ولو مع غضّ النظر عمّا تقدّم من المناقشة، بل لابدّ من التقييد بصورة عدم إمكان التبديل بعد سقوط النفع ممّا يكون ذا نفع لهم، وإلّا فلا وجه لجواز البيع قبل السقوط عن الانتفاع، ولو كان ◄

وسواء كان أداؤه إلى ذلك معلوماً أو مظنوناً*، وسواء كان الخراب المعلوم أو المظنون على حدّ سقوط الانتفاع بالمرّة أو الانتفاع المعتدّ به.

نعم، لو فرض إمكان الانتفاع به بعد الخراب كانتفاعه السابق**

بعد السقوط عنه يمكن التبديل بما هو نفعه أقلّ.

نعم، بناءً على جواز التبديل إذا كان البيع أعود لهم يجوز التبديل إلّا إذا كان بعد السقوط عن الانتفاع قابلاً للتبديل بما يكون نفعه مساوياً للعين الموقوفة قبل طروّ الخراب عليه.

هذا كلّه بالنسبة إلى صورة العلم بأداء بقائه إلى الخراب.

وأمّا إلحاق صورة الظنّ به على غير مسلك جواز البيع بملاك الأعوديّة للموقوف عليهم ففيه إشكال يجيء الإشارة إليه إن شاء الله تعالى.

إذا كان أداؤه إلى الخراب مظنوناً

(*) فيه نظر، من جهة أنّ مقتضى الاستصحاب: عدم الخراب الموجب لسقوط الانتفاع. وعلى فرض الغضّ عنه فمقتضى الاستصحاب: عدم جواز بيعه.

ويمكن دفعه بأنّ الظنّ في تلك الموارد حجّة عند العقلاء، وذلك لانسداد باب القطع غالباً؛فلو بني في دفع الضررعلى القطع لكان موجباً للوقوع في الضرر في الغالب فيكون الظنّ حجّةً عندهم.

هذا مع قطع النظر عن العمل بذيل المكاتبة، وإلّا فمطلق خوف الضرر الزائد عمّا يلزم من بقاء الوقف موضوع لجواز البيع إذا كان ممّا لا يتسامح فيه.

(**) لا وجه للاشتراط المذكور، لأنّه على فرض عدم كون تغيير جهة الانتفاع مخلّاً بالوقف فلابدّ من الحكم ببقاء حكم الوقف من عدم جواز البيع ولو كان نفعه على تقدير طروّ الخراب قليلاً إذا لم يكن ملحقاً بالمعدوم عرفاً.

بوجه آخر* لم يجز بيعه.

(*) هذا واضح إذا كان الوجه الآخر من مصاديق العنوان المأخوذ في الوقف، كأن يكون الوقف متعلّقاً بذاك الموجود وجعل ما يكون نفعاً له للموقوف عليهم.

وأمّا لو لم يكن منطبقاً على الوجه الآخر المفروض انتفاع الموقوف عليهم به بعد الخراب فوجه عدم جواز البيع يمكن أن يكون أُموراً:

الأوّل: استظهار كون المنشأ لبّاً هو الأعمّ من العنوان المأخوذ في الوقف كما ادّعاه العلّامة الأنصاريّ‏ﷺ وأنّ قوله: «وقفت هذا البستان» بمنزلة قوله: «بعت هذا البستان»[1]؛ فمتعلّق الوقف هذا الموجود لا مادام كونه معنوناً بالعنوان المذكور.

الثاني: أنّه ولو كان الوقف ناظراً إلى الجهة الخاصّة المخصوصة لكنّ المفروض أنّ المنفعة الملحوظة بالعنوان المأخوذ في الوقف موجودة فعلاً، فيصحّ أن ينطبق عدم جواز البيع للانتفاع بالوقف في جهة خاصّة على الخارج؛ غاية الأمر هو منصرف إلى ما لايكون ترك البيع موجباً لتفويت جميع المنافع على الموقوف عليهم بعد ذلك، والانصراف المزبور خالٍ عن الملاك بالنسبة إلى الصورة المفروضة، إذ المفروض إمكان انتفاعهم بعين الموقوفة بوجه آخر.

الثالث: أنّه وإن لم يكن مانع من جهة إنشاء الوقف لكن مقتضى إطلاق الدليل والإجماع المانعين عن بيع الوقف هو شموله للصورة المفروضة، وعدم شموله لما لا يتمكّن من الانتفاع بوجه آخر هو الانصراف كما أشار إليه العلّامة الأنصاريّ‏ﷺ[2]. هذا.

ولكن في الكلّ نظر واضح، فتأمّل.

ملخّص ما يرد على المتن من الإيرادات

وملخّص ما يورد على المتن ممّا فصّلناه في التعاليق المتقدّمة في هذا الاستثناء أُمور: ⬅

(١) المكاسب: ج ٤ ص ٧٥.

(٢) راجع المكاسب: ج ٤ ص ٧٣.

↲ الأوّل: أنّ مقتضى القاعدة ـ على ما سبق تفصيله ـ : جواز بيع الوقف وتبديله إذا كان أعود للموقوف عليهم، فحينئذٍ يجوز البيع إذا كان الوقف في معرض السقوط عن الانتفاع أو قلّة الانتفاع ولو كان ذلك بنحو الاحتمال كيف بالظنّ والقطع، لأنّ التبديل حينئذٍ أصلح بحالهم.

الثاني: أنّه على فرض الغضّ عن المبنى المزبور والجمود على مادلّ على جواز بيع الوقف فلابدّ أن يقال بعدم الجواز مع وجود النفع الفعليّ كما هو المفروض ولو أدّى ترك البيع إلى الخراب المسقط عن الانتفاع قطعاً، لأنّ النفعَ موجود فعلاً والبيعَ موجب لإيصال نفع أكثر إلى الموقوف عليهم والمفروضَ عدم صحّة المبنى الأوّل، فلابدّ أن يقال بعدم جواز التبديل، لصدقِ المنشأ في مقام الوقف على الخارج وإطلاقِ الدليل وعدمِ الدليل على التبديل بالأعود على ما هو المفروض.

الثالث: أنّه على فرض التسليم فلابدّ من تقييد جواز البيع بما إذا لم يمكن التبديل بعد السقوط عن النفع بما يكون واجداً للنفع لهم.

الرابع: أنّه على تقدير الغضّ عن جميع مامرّ فإلحاق الظنّ بالعلم لا يخلو عن نظر وإشكال وإن مرّوجه للجواب عنه.

الخامس: أنّه لو بني على جواز البيع حتّى في صورة إمكان التبديل بعد السقوط عن النفع بما يكون صالحاً للانتفاع به لهم فلابدّ أن يقال به في صورة إمكان الانتفاع بعد الخراب بوجه آخر، إذ لافرق بينهما على التحقيق في عدم انطباق إنشاء الوقف، بل الأوّل أولى بأن يقال فيه بعدم الجواز، لأنّ دليل صحّة التبديل يجعله وقفاً كالأوّل، فمفاد الوقف منطبق إمّا على عين الموقوفة أو على بدلها ولو بمؤونة دليل التبديل، بخلاف ما إذا علم بتغيّر الجهة المأخوذة في إنشاء الوقف، كما إذا جعل الدار وقفاً على سكونة عدّة من الطبقات بحيث يكون الانتفاع الملحوظ هو السكونة بالمباشرة فعلم بأنّه على تقدير ترك البيع والتبديل يطرو عليها الخراب ويسقط عن الانتفاع المأخوذ في الوقف لكن يصلح للإجارة للزراعة ونحوها فإنّه يعلم أنّه يصير بنحو لاينطبق عليه ↰

ومنها: إذا شرط الواقف بيعه عند حدوث أمر من قلّة المنفعة أو كثرة الخراج أو وقوع خلاف بين الموقوف عليهم أو حصول ضرورة وحاجة شديدة لهم فإنّه لا مانع حينئذٍ من بيعه وتبديله على إشكال[١] *.

↲عنوان الوقف ولايجوز للموقوف عليهم الإجارة والانتفاع بأُجرتها، لأنّه غير الجهة الموقوفة، فلابدّ حينئذٍ من بيعها وتبديلها بما يتمكّن من الانتفاع به على الوجه المأخوذ في عنوان الوقف.

ومنه يظهر جواز بيع الوقف والتبديل إذا لم يمكن الانتفاع به على الوجه المأخوذ في عنوان الوقف، وسيجيء الإشارة إليه إن شاء الله تعالى.

السادس: أنّه مع الغضّ عن جميع ما ذكر فاشتراط عدم جواز البيع بما إذا كان النفع بعد الخراب بمقدار الانتفاع السابق خالٍ عن الوجه.

في ما إذا شرط الواقف بيعه، وبيان أنحاء الشرط

(*) قال؇ في القواعد: ولو شرط بيعه عند التضرّر به كزيادة خراج وشبهه وشراء غيره بثمنه أو عند خرابه وعُطلته أو خروجه عن حدّ الانتفاع أو قلّة نفعه ففي صحّة الشرط إشكال[٢].

وقال السيّد؇ في مفتاح الكرامة: وفي الإرشاد: أنّ الوجه الجواز عند حصول ضرر به كالخراج والمؤَن من الظالم. وقد نفى عنه البأس في الروض. وكأنّه مال إليه أو قال به الشارحان له ولده والشهيد، وكذا المحقّق الثاني في جميع ما ذكره في الكتاب. وفي الحواشي: أنّه الأقوى. وفي الإيضاح: أنّه لا يصحّ بحال[٣]. ↖

(١) وسيلة النجاة: ج ٢ ص ٣٣.

(٢) قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٣٩٥.

(٣) مفتاح الكرامة: ج ٢١ ص ٧٠٧.

ونقل﷫ في المكاسب عن المحقّق الكركيّ التفصيل بين ما يجوز بيع الوقف مع قطع النظر عن الشرط فيجوز شرط بيعه، لأنّه شرط مؤكّد وليس بمنافٍ لمقتضى العقد، وإلّا فلا، للمنافاة[١] انتهى ملخّصاً.

أقول: شرط بيع الوقف على أنحاء:

الأوّل: أن يشترط بيعه وتبديله بما يكون وقفاًفي ما يجوز مع قطع النظر عن الشرط، كأن يشترط أنّ للمتولّي ـ مثلاً ـ البيع والتبديل عند سقوط الوقف عن الانتفاع.

الثاني: أن يشترط البيع والتبديل عند طروّ بعض العوارض كقلّة المنفعة أو كثرة الخراج، يعني بعض الموارد الّتي لايجوز فيها بيع الوقف لولا الاشتراط.

الثالث: أن يشترط البيع والتبديل بما يكون وقفاً كالأوّل للموقوف عليهم أو للمتولّي متى شاءوا بحيث يكون من حيث جواز البيع الخاصّ ـ وهو التبديل بالوقف ـ كأملاكهم الشخصيّة.

الرابع: أن يشترط البيع في بعض الموارد وعند طروّ بعض العوارض على الوقف وصرف ثمنه لبعض الطبقات.

الخامس: أن يشترط ذلك عند طروّ بعض العوارض وصرف ثمنه لبعض الموقوف عليهم في الطبقة الواحدة.

السادس: أن يشترط عوده إلى الورثة عند طروّ بعض العوارض.

السابع: أن يشترط لبعض الموقوف عليهم في بعض الطبقات أن يبيعه متى شاء ويصرف ثمنه لنفسه.

الثامن: أن يشترط ذلك لجميع من وقف عليه.

إذا عرفت ذلك فنقول ومنه الاستعانة: إنّه لا ينبغي الإشكال في جواز الاشتراط في **القسم الأوّل**، لأنّ المفروض أنّه يجوز البيع أيضاً مع قطع النظر عن الشرط. وفائدة الاشتراط هو التأكيد كما أُشير إليه في بعض العبائر.

---

(١) المكاسب: ج ٤ ص ٨٥.

مضافاً إلى أنّه مع الاشتراط المذكور لبعض الموقوف عليهم أو للمتولّي لايحتاج البيع إلى الاستيذان من الحاكم الشرعيّ، بخلاف ما لو لم يكن شرط في البين، فإنّه لابدّ من الرجوع إلى الحاكم الشرعيّ مع فقد المتولّي قطعاً، ومع وجوده على الأحوط، لإمكان أن يكون متولّياً في صرف منافع الوقف في الموقوف عليهم لا في بيعه، بل الأحوط الاشتراط في الصورة المذكورة، لأنّ الجواز مع الاشتراط مقطوع تقريباً.

وأمّا القسم الثاني فيدلّ على صحّته أُمور:

الأوّل ما تقدّم[1] من قوله عليه السلام: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها»، ومقتضى ظاهره: أنّ الأثر المترتّب على الوقف تابع لكيفيّة إنشائه: فإن كان الإنشاء على وجه الإطلاق فلابدّ من ترتيب أثر الإطلاق، وإن كان على وجه الاشتراط فلابدّ من ترتيب الأثر عليه بتلك الكيفيّة.

هذا إن كان المقصود لزوم ترتيب الأثر على ما أُنشئ في مقام الإيقاف، وإن كان المقصود هو الحكم ببقاء الوقف على الكيفيّةالّتي أوقفها الواقف فيدلّ على ذلك من باب أنّ نفوذ الوقف على الكيفيّة المنشأة مفروض التحقّق وإنّما يحكم ببقائه وعدم تغييره عمّا هو عليه.

ودعوى «أنّ صدق الوقف على ما اشترط فيه جواز التبديل مشكوك» مدفوعةٌ بأنّ صدقه عليه واضح عند العرف، فإنّ الوقف وإن أُخذ فيه عدم البيع إلّا أنّه يكفي في ذلك أن لايكون جائز البيع بالذات ولذا يصدق الوقف على ما يسقط عن المنفعة.

ويمكن أن يقال:إنّه يصدق العنوان المذكور ولو فرض عدم صدق الوقف حين جواز البيع، لأنّ الإيقاف عن البيع في غير مورد الشرط كافٍ في صدق الوقف كما لايخفى.

الثاني: عموم «المؤمنون عند شروطهم»[2]، فإنّ جواز البيع شرط ألزمه على نفسه فهو واجب الوفاء ولو كان الوقف من الإيقاعات وكان غير مشروط بالقبول.

---

(١) في ص ٥١٩.

(٢) عوالي اللآلئ: ج ٢ ص ٢٥٧ ح ٧.

◄ ودعوى «أنّ الشرط منافٍ لمقتضى العقد» مدفوعةٌ بأنّه منافٍ لإطلاقه وهو مقيّد بالشرط المفروض.

وكذلك دعوى «أنّه مخالف للحكم الشرعيّ بعدم جواز بيع الوقف».

فإنّها أيضاً مدفوعةٌ أوّلاً بأنّه لو سلّم الإطلاق فإنّه ناظر إلى عدم جواز بيعه بالذات، مثل ما دلّ على لزوم البيع.

وثانياً بأنّه لم يثبت حكم شرعيّ تعبّديّ كان مفاده عدم جواز بيع الوقف، بل عدم جوازه من باب أنّ «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها»[1]. ولو شكّ في ذلك فالأصل عدم ثبوت حكم شرعيّ على هذا المنوال.

الثالث: القاعدة العقلائيّة المؤيّدة بعموم «الناس مسلّطون على أموالهم»[2]، فإنّ مقتضى بناء العقلاء أنّ للمالك التصرّف في ملكه بأيّ نحو شاء، فإنّه نافذ وليس لأحد أن يمنع عن ذلك، بل لابدّ من ترتيب الأثر على تصرّفاته إلّا أن يكون تصرّفه موجباً للتصرّف في سلطنة الغير، ومن المعلوم أنّ شرط جواز البيع لايكون تصرّفاً مستلزماً للتصرّف في سلطان الغير.

الرابع: عموم وجوب الوفاء بالعقود والعهود بناءً على كونه مشروطاً بالقبول.

الخامس: صحيح عبدالرحمان بن الحجّاج المرويّ عن الكافي والتهذيب عن أبي الحسن موسى عليه السلام المتضمّن لنقل ما أوقفه عليٌّ أميرالمؤمنين عليه السلام من ينبع وغيرها. وفيه: «وإنّ الّذي كتبت من أموالي هذه صدقة واجبة بتلة، حيّاً أنا أو ميّتاً ـ إلى أن قال عليه السلام: ـ وإنّه يقوم على ذلك الحسن بن عليّ يأكل منه بالمعروف، وينفقه حيث يريد الله تعالى في حلّ محلّل لاحرج عليه فيه، فإن أراد أن يبيع نصيباً من المال فيقضي به الدين فليفعل إن شاء لاحرج عليه فيه، وإن شاء جعله شروى الملك، وإنّ ولد عليّ وأموالهم إلى الحسن بن عليّ، وإن كان دار الحسن غير دار الصدقة فبدا له أن يبيعها فليبعها إن شاء لاحرج عليه فيه، وإن باع فإنّه يقسّمها ثلاثة أثلاث فيجعل ثلثاً في سبيل الله، ◄

---

(١) تقدّم في ص ٥١٩.

(٢) تقدّم في ص ٥٤٢.

ويجعل ثلثاً في بني هاشم وبني المطّلب، ويجعل ثلثاً في آل أبي طالب، وإنّه يضعهم حيث يريد الله، وإن حدث بحسن بن عليّ حدث وحسين حيّ فإنّه إلى حسين بن عليّ، وإنّ حسيناً يفعل فيه مثل الّذي أمرت به حسناً، له مثل الّذي كتبت للحسن وعليه مثل الّذي على الحسن ـ إلى أن قال عليه السلام: ـ وإنّي إنّما جعلت الّذي جعلت لابني فاطمة ابتغاء وجه الله وتكريم حرمة رسول الله صلى الله عليه وآله وتعظيمها وتشريفها ورضاهما بهما...»[١].

وظاهره بل صريحه جواز اشتراط البيع ولو من غير التبديل بما يكون وقفاً كالأوّل، ولا أرى إشكالاً في العمل به وإن قال الشيخ العلّامة الأنصاريّ رحمه الله: إنّ التأويل مشكل والعمل أشكل[٢].

وأمّا الثالث فلا يبعد صحّته أيضاً، فإنّ مرجعه إلى إيقاف ماليّة العين الموجودة ولو بالتبديل عن الإتلاف؛ فالمقصود بقاء ما يمكن الانتفاع به للموقوف عليهم إمّا ببقاء نفس العين الموقوفة أو بدله. ويكفي لذلك قاعدة السلطنة المسلّمة عند العقلاء.

وأمّا الاستدلال بما تقدّم[٣] من قوله عليه السلام: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» فغير واضح، لاحتمال عدم صدق الوقف على مثل ذلك.

وكذا الاستدلال بعموم الوفاء بالشرط، لأنّ صحّة الوقف غير محرز، فالشرط الواقع فيه بحكم الشرط الابتدائيّ.

وأمّا الرابع والخامس فالظاهر صدق عنوان الوقف قبل عروض موضوع الشرط الّذي يكون مورداً لجواز البيع بحسب الشرط، فيمكن التمسّك لصحّته بعموم «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها»؛ فلا يبعد أن يكون تمليكاً لمن يجوز له البيع فيشترط فيه أن لايكون زائداً عن الثلث إن كان بالنسبة إلى ما بعد موته.

وأمّا السادس فهو وقفٌ على تقدير عدم حدوث ما أُخذ للعود إليهم وحبسٌ على تقدير حدوثه.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ١٩٩ ح ٣ من ب ١٠ من أبواب الوقوف والصدقات.

(٢) المكاسب: ج ٤ ص ٨٨.

(٣) في ص ٥١٩.

وأمّا السابع فلا يبعد أن يكون كالرابع والخامس.

وأمّا الثامن فهو باطل، لمنافاته لحقيقة الوقف.

فحينئذٍ فهل يبطل الشرط ويصحّ الوقف، أو يبطل الوقف أيضاً ويكون المال ملكاً للواقف، أو يكون مفاده التمليك فيتوقّف على القبول؟ وجوه.

في ذكر بقيّة ما قيل من صور جواز البيع وذكر أدلّته

ثمّ لا يخفى أنّه قد ظهر ممّا تقدّم أنّه يمكن القول بجواز بيع الوقف في مواضع ثلاثة غير ما تقدّم في المتن:

أحدها: أن يكون البيع أعود لهم.

ثانيها: أن يتغيّر العنوان المأخوذ في موضوع الوقف إذا كان ظاهراً في تقوّم الوقف بالعنوان، كما لو وقف منبراً للتدريس أو الموعظة فانكسر بحيث لا يمكن إعادة عنوانه.

ثالثها: أن تتغيّر الجهة الموقوف عليها، كما لو وقف داراً على سكنى الموقوف عليهم، والدار باقية على حالها لكن لا يمكن الانتفاع منها بالسكنى، لخلوّ أطرافها عن الساكنين مثلاً.

وقيل أيضاً بجواز بيعه في مواضع اُخرى:

منها: أن يلحق الموقوف عليهم ضرورة شديدة. وحكى في المكاسب[1] عن الانتصار والغنية الإجماع على جوازه عندها، واستدلّ بخبر جعفر بن حيّان المتقدّم[2].

وفيه: أنّ الخبر يدلّ على جواز البيع إذا لم يكف غلّة الأرض لمؤونة سنة الموقوف عليهم، وهذا غير الضرورة الشديدة فالخبر غير معمول به.

وقد يستدلّ لجواز البيع في الجملة أيضاً:

بخبر محمّد بن عليّ بن محبوب عن أبي طاهر بن حمزة أنّه كتب إليه: مَدين اُوقف

(١) ج ٤ ص ٨٣.

(٢) في ص ٥٣٢.

◄ ثمّ مات صاحبه وعليه دين لا يفي ماله إذا أُوقف، فكتب عليه السلام: «يباع وقفه في الدين»[١].

وفي الوسائل عن الصدوق رحمه الله مثله إلّا أنّه قال: مدبَّر وقف[٢]. وعلى هذا فلا إشكال، والوقف حينئذٍ بمعنى الوصيّة.

وبخبر محمّد بن عليّ بن محبوب عن محمّد بن الفرج عن عليّ بن معبد قال: كتب إليه محمّد بن أحمد بن إبراهيم بن محمّد في سنة ثلاث وثلاثين ومائتين يسأله عن رجل مات وخلّف امرأةً وبنين وبنات وخلّف لهم غلاماً أوقفه عليهم عشر سنين، ثمّ هو حرّ بعد العشر سنين، فهل يجوز لهؤلاء الورثة بيع هذا الغلام وهم مضطرّون إذا كان على ما وصفته لك؟ فكتب: «لا يبيعه إلى ميقات شرطه إلّا أن يكونوا مضطرّين إلى ذلك فهو جائز لهم»[٣].

وفيه: أنّ المحتمل أن يكون المراد بالوقف في الخبر الأوّل هو الوصيّة بالوقف أو المنجّز له في مرض موته، والفرض استغراق دينه، فهو خارج عن المبحوث عنه، وأن يكون المراد من البيع في الثاني بيع حقّهم عليه في المدّة المذكورة، كذا قال رحمه الله في الجواهر[٤] بأدنى تفاوت.

أقول: ولعلّ الأولى أن يقال: إنّ ظاهر الأوّل على تقدير كون المتن هو «المَدين» ما أُشير إليه في بعض كلامه من بطلان الوقف رأساً، من جهة تعلّق حقّ الديّان بالمال، فالوقف المذكور كالصلح للفرار عن الدين.

وأمّا الثاني فكون المراد من قوله: «أوقفه عليهم» هو الوقف الاصطلاحيّ غير معلوم، فلعلّ المراد به الإيقاف عن الحرّيّة والإبقاء على ملكيّته للورثة في المدّة المذكورة. والحكم بعدم جواز البيع إلّا في صورة الاضطرار لعلّه للاحتياط، من جهة احتمال كون ◄

(١) وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ١٨٩ ح ٧ من ب ٦ من أبواب الوقوف والصدقات.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ١٨٩.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ٢٢١ ح ٣ من ب ٣ من كتاب السكنى والحبيس.

(٤) ج ٢٣ ص ٦٠٠.

↵ المراد به الوقف المصطلح، وهو العالم.

ومنها: أن يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه من تلف المال والنفس.

ومنها: أن يؤدّي الاختلاف بينهم إلى الضرر العظيم.

ومنها: أن يلزم فساد يستباح منه الأنفس.

والظاهر أنّ منشأ الثلاثة الأخيرة هو الاختلاف في فهم ذيل ما تقدّم من المكاتبة(١) من قوله عليه السلام: «إن كان قد علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف أن يبيع الوقف أمثل، فإنّه ربّما جاء في الاختلاف تلف الأموال والنفوس».

بيان الاستدلال به على الصورة الأُولى من الثلاثة الأخيرة أنّ الظاهر من الشرطيّة الواقعة في الصدر دخالة عنوان الاختلاف في الحكم بجواز البيع، وظاهر الذيل أنّ الملاك خوف تلف الأموال والنفوس، فالجمع بينهما بدخالة الكلّ، وهو وجود الاختلاف وكونه موجباً لخوف تلف الأموال والنفوس.

وفيه: أنّه لا يلاحظ التعارض بين العلّة والمعلّل له، بل ظهور العلّة حاكم على ظهور المعلّل له، لأنّها تفسير له. وحينئذٍ إن كان قوله عليه السلام: «فإنّه ربّما جاء...» علّةً فاللازم دوران الحكم مداره، فلا دخالة حينئذٍ لعنوان الاختلاف بل لابدّ من الحكم بجواز بيع الموقوفة إذا كان تركه ممّا يخاف منه تلف الأموال والنفوس، بل لا دخالة لعنوان الوقف أيضاً، بل يجوز كلّ عمل أو ترك يخاف من عدمهما تلف الأموال والنفوس، فهو المطابق لقاعدة نفي الضرر والضرار، بل هو أعمّ منها من جهة دلالته على كفاية الخوف.

وإن كان القول المذكور حكمةً فلابدّ من القول بجواز البيع في صورة الاختلاف مطلقاً، من جهة كون نوع الاختلاف ممّا يخاف منه تلف الأموال والنفوس وإن يقطع بعدم كون الاختلاف في شخص المورد كذلك.

وأمّا بيان الاستدلال به على الصورة الثانية منها فلدعوى أنّ العلّة إنّما هي تلف المال والنفوس، وليس قوله عليه السلام: «ربّما» مأخوذاً في التعليل، بل إنّما أُخذ طريقاً إلى ↵

---

(١) في ص ٥٣٥.

لحاظ ما هو العلّة، فهو طريق في مقام الإثبات، لا أن يكون المعرضيّة للتلف دخيلاً في العلّيّة ثبوتاً، وهذا كما ربما يقال: «لا تأكل الرمّان، فإنّه ربّما يكون حامضاً»، بضم إلقاءخصوصيّةالمال والنفس وأنّ التعرّض لهما من باب المثال،فإنّ الضرر العِرضيّ أحقّ بالاجتناب عند العقلاءمن الضرر الماليّ بل بعض مراتبه من الضرر النفسانيّ أيضاً، وهذا بضمّ مامرّ في بيان الاستدلال على الصورة الأُولى أيضاً من الجمع بين مفاد الشرطيّة الواردة في الصدر الدالّة على دخالة الاختلاف في الحكم بالجواز ومفاد التعليل المفوّه به في الذيل بدخالة الأمرين.

فالاستدلال به على الصورة الثانية مركّب من أُمور ثلاثة:

منها: كون العلّة أصل تلف الأموال والنفوس وإخراج مفاد «ربّما» من حيّز التعليل.

ومنها: إلقاء خصوصيّة تلف الأموال والنفوس بكون المراد به مطلق الضرر.

ومنها: دخالة الأمرين من الاختلاف ومن الضرر العظيم في الحكم بالجواز.

وفيه أوّلاً: ما تقدّم من أنّ الظاهر من التعليل إلقاء خصوصيّة الاختلاف.

وثانياً: أنّ إخراج مفاد كلمة «ربّما» من التعليل خلاف الظاهر.

وأمّا الاستدلال به على الصورة الثالثة فمنشؤه الأخذ بالتعليل وإلقاء خصوصيّة المعلّل له وكون لبّ العلّة هو تلف النفوس، إذ لو كان تلف الأموال كافياً كان الأولى الاكتفاء به،لأنّه يدلّ على علّيّة تلف النفوس بالأولويّة؛ فعدم الاكتفاء بذكر تلف الأموال يدلّ على أنّ ما هو العلّة هو تلف النفوس، وذكر تلف الأموال من باب تأكيد المطلب بضمّ إخراج مفاد «ربّما» عن حيّز التعليل.

وفيه: ما عرفت من أنّ إخراج مفاد «ربّما» عن حيّزه خلاف الظاهر.

والظاهر عندي ـ وهو العالم ـ أنّ الملاك في الجواز خوف توجّه الضرر العظيم وإن لم يكن بسبب الاختلاف ولم يكن المخوف تلفه عين الموقوفة.

ومنه يظهر الدليل على صورة أُخرى، وهي خوف توجّه الضرر العظيم من ترك البيع.

المسألة السابعة عشر: لافرق في موارد جواز بيع الوقف بين مثل الوقف على الأولاد والفقراء والفقهاء ونحوهم وبين مثل المساجد والربط والمدارس والخانات ونحوها[1] *.

خلاصة الصور الّتي يمكن القول فيها بجواز البيع وهي سبعة

فيكون **المحصّل** جواز بيعه في صور:

الأُولى: السقوط عن الانتفاع بحيث لا يُرجا عوده.

الثانية: السقوط عن الانتفاع المعتدّ به كذلك.

الثالثة: إذا كان البيع أعود للموجود والمعدوم.

الرابعة: ما إذا تغيّر العنوان المأخوذ ركناً في الوقف كالمنبر للموعظة.

الخامسة: ما إذا لم يمكن الانتفاع به في الجهة الملحوظة في الوقف.

السادسة: ما إذا كان ترك البيع معرضاً لتوجّه الضرر العظيم.

السابعة: ما إذا شرط الواقف ذلك. وهو العالم الهادي، وهو وليّ التوفيق.

لافرق في موارد جواز بيع الوقف بين الخاصّ والعام

(*) **قال المحقّق الأنصاريّ**ﷺ في مكاسبه ما ملخّصه: أنّ الوقف على قسمين:

أحدهما: ما يكون ملكاً للموقوف عليهم.

والثاني: ما لايكون ملكاً لأحد، بل يكون فكّ ملك كما في المساجد والمدارس والرُبُط، بناءً على القول بعدم دخولها في ملك المسلمين كما هو مذهب جماعة.

والظاهر أنّ محلّ الكلام في بيع الوقف إنّما هو القسم الأوّل. وأمّا الثاني فالظاهر عدم الخلاف في عدم جواز بيعه، لعدم الملك.

وبالجملة فكلامهم هنا فيما كان ملكاً غيرطلق، لافيما لم يكن ملكاً،وحينئذٍ فلو

---

(١) من العروة الوثقى: ج ٦ «كتاب الوقف» ص ٣٨٣ مسألة ٣٨.

↵خرب المسجد وخربت القرية وانقطعت المارّة عن الطريق الّذي فيه المسجد لم يجز بيعه وصرف ثمنه في إحداث مسجد آخر أو تعميره، والظاهر عدم الخلاف في ذلك كما اعترف به غير واحد(١).

أقول أوّلاً: إنّ الإنشاء الّذي هو مفاد الوقف سواء كان بعنوان «وقفت» و«أوقفت» أو كان بعنوان «تصدّقت» واحد في جميع الموارد فكيف يلتزم بكون العين ملكاً في الوقف على الذرّيّة ـ مثلاً ـ وغير ملك في الوقف على محصّلي العلوم الدينيّة كالمدارس.

والّذي يؤدّي إليه النظر فعلاً أنّه ليس العين إلّا مورداً للاعتبار الّذي هو مفاد الإنشاء فجعل العين لذلك، فالمدرسة جعلت لسكونة المحصّلين والرباط جعل لأن يكون منزلاً للمسافرين، وليس ما ذكر إلّا مورداً لذلك الاعتبار فيكون مورداً لحقّ من الواقف وحقٍّ من الموقوف عليهم، سواء كان الموقوف عليه هو الأشخاص أو العنوان وليس له واقعيّة إلّا ما ذكر، فإن شئت فسمّه ملكاً للموقوف عليه باعتبار كونه مورداً لحقّه، وإن شئت فسمّه ملكاً للواقف باعتبار كونه مورداً لحقّه، وإن شئت فسمّه ملكاً لهما، وإن شئت قلت: إنّه ليست العين مملوكةً لأحدهما، بل جعلت أن تكون مورداً لأن يستحقّ الواقف بقاءها حتّى ينتفع بها الموقوف عليهم وأن يستحقّ الموقوف عليه الانتفاع منها على النحو الملحوظ في مقام إنشاء الوقف؛ فما في كلامه من الفرق بين الموارد غير ظاهر.

نعم، يمكن أن يقال: إنّه مع وحدة الإنشاء لايكون المسجد ملكاً للمسلمين، لأنّه جعل لأن يكون مورداً للأحكام الشرعيّة الواردة بالنسبة إلى المسجد، فللواقف حقّ عليه من حيث إنّه يستحقّ أن يكون ذلك المكان ـ مثلاً ـ مسجداً وليس لأحد غيره حقّ عليه، بل ما هو الملحوظ في هذا الوقف هو كونه مورداً للأحكام الشرعيّة، فالموقوف عليه في الحقيقة هو الأحكام الشرعيّة المجعولة للمسجد، بناءً على عدم تصوير الاعتباريّات كما هو الحقّ، خلافاً لجلّ علماء العصر لو لم يكن كلّهم. وأمّا بناءً عليه فالموقوف عليه هو الاعتبار المذكور، فالأرض جعلت لأن تكون مورداً لاعتبار المسجديّة. ↵

---

(١) المكاسب: ج ٤ ص ٥٣ ـ ٥٤.

وثــانياً: إنّ ما ذكرهﷺ من عدم الخلاف في عدم جواز البيع غير متحصّل لنا، بل مقتضى إطلاق كلام كثير من الأصحاب: عدم الفرق بين أقسام الوقف في جواز البيع في الموارد المذكورة، بل كاد أن يكون كلام العلّامةﷺ في التذكرة صريحاً في كون الكلام في جميع الأوقاف، لأنّه بعد ما صرّح بأنّه اتّفق هؤلاء العلماء من أصحابنا على جواز بيع الوقف فيما ذكره من الموارد قال: «وأمّا العامّة فقال الشافعيّ ومالك: لايجوز بيع شيء من ذلك،لقول رسول اللهﷺ:«لا يباع أصلها ولا يبتاع ولايوهب ولايورث» ـ إلى أن قال: ـ كالعبد إذا أُعتق، وأشبه الأشياء بالعتق المسجد...»[1].

فإنّ مورد الكلام مطلق الوقف حتّى المسجد.

ولعلّ ما ذكره من عدم الخلاف نشأ من أحد أمرين على سبيل منع الخلوّ:

أحدهما: ما ذكروه من كون البيع متوقّفاً على الملك وأنّه لابيع إلّا في ملك،والمفروض عدم الملكيّة في الأوقاف العامّة كالمساجد والمدارس والرُبُط، لا أن يكون معقد عدم الخلاف عدمَ جواز بيع الأوقاف العامّة بالخصوص.

ثانيهما: ما ذكروه في خصوص المسجد:

قال السيّدﷺ في مفتاح الكرامة في كتاب الوقف بعد قول العلّامةﷺ «ولو وقف مسجداً فخربت القرية أو المحلّة لم يجز بيعه»: بلاخلاف من أحد إلّا من أحمد[2].

مع أنّ الظاهر أنّ المقصود من اشتراط البيع بالملك هو الأمر العقليّ وأنّه يشترط في البيع أن يكون البائع قادراً على تمليك المشتري ويصحّ منه تمليك المشتري. كيف؟! ولازم اشتراط البيع بالمالكيّة قبل البيع عدم صحّة بيع الكلّيّ في الذمّة وعدمُ صحّة جعل الثمن في البيع عمل الحرّ.

ومنشأ حكمهم بعدم جواز بيع المسجد في الفرض المذكور بلاخلاف عدمُ سقوط العين عن الانتفاع بها في الجهة الّتي جعلت العين موقوفةً عليها، فإنّه يمكن إقامة الصلاة أو الاعتكاف في العرصة كما هو واضح، بل عدم سقوطها بالنسبة إلى الجهة

(١) تذكرة الفقهاء: ج ٢٠ ص ٢٥٠.

(٢) مفتاح الكرامة: ج ٢١ ص ٧٢٨.

↲الموقوفة عليها أوضح إن كان مفاد وقف المسجد ما تقدّم ذكره من كونه موقوفاً على المسجديّة الّتي هي من الاعتباريّات أو على أن يكون موضوعاً للأحكام المجعولة للمسجد.

وثالثاً: إنّه مع فرض الإجماع أو عدم الخلاف فلايمكن الاعتماد عليه إذا كان منشؤه توهّم اعتبار الملكيّة قبل البيع في صحّة البيع أو كان محتملاً لذلك.

ورابعاً: إنّ ظاهر كلامه ارتضاء ما جعله وجهاً لكلامهم من توقّف البيع على الملك وعدم تحقّق الملكيّة في بعض الأوقاف.

مع أنّ فيه: أوّلاً: أنّه لا يبعد ـ كما عرفت ـ الملكيّة ولو للجهة في جميع الأوقاف غير المسجد، بل يمكن أن يقال فيه أيضاً باعتبار كونه مملوكاً للمسجديّة أو للأحكام التكليفيّة المترتّبة عليه.

وثانياً: أنّه لا دليل على اعتبار عنوان الملكيّة، بل اللازم أن يكون البائع قادراً على التمليك وكان ممّن يصحّ منه التمليك.

بل نقول: إنّه لا يشترط ذلك في البيع أيضاً، بل لابدّ أن يكون البائع قادراً على إيجاد اعتبار متعلّق بالعين فيصحّ أن يبيع عوض الوقف ويشري الوقف، لصدق البيع العرفيّ.

إن قلت: فما معنى ماورد من أنّه «لا بيع إلّا في ملك».

قلت: الظاهر أنّه ليس المقصود اعتبار الملكيّة في البيع تعبّداً، وليس المقصود بيان أنّ البيع متوقّف على كون البائع قادراً على التمليك فإنّه واضح أيضاً عند العرف، وليس المقصود على الظاهر بيان أنّ البيع لايصحّ للبائع إلّا أن يكون في ملكه ويكون المقصود بيان عدم صحّة بيع الغاصب من دون إجازة المالك، إذ هو واضح عند العرف أيضاً.

فلعلّ المقصود كما ربّما يؤيّده بعض القرائن أنّه لا يصحّ بيع مال الغير بحيث يجب على البائع أن يشتري من الغير فيصير لازماً بالاشتراء فيصير للمشتري الأوّل كما تقدّم منّا في مبحث الفضوليّ فراجع وتأمّل.

وكيف كان،فقدتحصّل أنّهلافرق فيمواردجواز البيع بين الأوقاف العامّةوالخاصّة ↰

المسألة الثامنة عشر: لايجوز بيع أُمّ الولد* إذا لم يمت ولدها** في حياة سيّدها، وإلّا فهي كسائر المماليك يجوز بيعها.

حتّى بالنسبة إلى المسجد، فإنّ المسجد إذا لم يكن قابلاً لأن يترتّب عليه ما جعل في الشرع حكماً للمسجد كما لو صار قعر البحر مثلاً بحيث علم بزوال حكم المسجديّة عنه فلا مانع من بيعه. وندرة اتّفاق ذلك أو عدمه لايكون فارقاً بالنسبة إلى الحكم الكلّيّ المترتّب على موضوعه.

الإشكال في اشتراط جواز البيع في خصوص المسجد

نعم، يمكن أن يقال بعدم جواز اشتراط جواز البيع للمتولّي في المسجد، من جهة أنّ المسجد بحسب ارتكاز المتشرّعة ما يكون التأبيد فيه مأخوذاً بنحو الركنيّة، فالشرط المذكور منافٍ لمقتضى العقد. وتمام الكلام موكول إلى محلّه.

عدم جواز بيع أُمّ الولد إلّا في بعض الموارد واشتراطه بعدم موت ولده

(*) قد مرّ[1] ما يدلّ على عدم جواز بيع أُمّ الولد في الجملة.

(**) قال في المكاسب: لو هلك (أي الولد) جاز اتّفاقاً فتوىً ونصّاً[2].

أقول: يدلّ على الحكم المذكور:

معتبر أبي مخلّد السرّاج، قال: أبو عبدالله عليه السلام لإسماعيل وحقيبة والحارث النضريّ: «اطلبوا لي جاريةً من هذا الّذي يسمّونه كد بانوجه، تكون مع أُمّ فروة، فدلّونا على جارية رجل من السرّاجين، قد ولدت له ابناً ومات ولدها، فأخبروه بخبرها، فأمرهم فاشتروها، وكان اسمها رسالة،فحوّل اسمها فسمّاها سلمى،وزوّجها سالماً مولاه،فهي

---

(١) في ص ٥٢١ ـ ٥٢٢.

(٢) المكاسب: ج ٤ ص ١١٠.

وقد استثني عن عدم جواز بيعها مع حياة ولدها مواضع*

أمّ حسين بن سالم»[١].

وصحيح وهب بن عبد ربّه عن أبي عبداللهعليه السلام في رجل زوّج عبداً له من أمّ ولد له ولا ولد لها من السيّد ثمّ مات السيّد قال:«لا خيار لهاعلى العبد هي مملوكة للورثة»[٢].

ولا يعارضها مرسل ابن أبي‌عمير عن بعض أصحابنا عن أبي‌بصير عنهعليه السلام في رجل اشترى جاريةً يطؤها، فولدت له ولداً فمات ولدها، قال: «إن شاؤوا باعوها في الدين الّذي يكون على مولاها من ثمنها، وإن كان لها ولد قوّمت على ولدها من نصيبه»[٣].

بيان المعارضة أنّ مقتضى قوله «إن شاؤوا...»: أنّه يختصّ جواز بيعه بأن يكون في الدين الّذي يكون على مولاها وأنّه لايجوز لغير ذلك، ومقتضى ذلك: عدم جواز بيعها في فرض موت الولد إلّا في ثمن رقبتها.

والجواب: أنّ مقتضى الشرطيّةالثانية قولهعليه السلام«وإن كان لها ولد»:هو العتق من نصيب الولد وعدم جواز بيعها في ثمن رقبتها. ولاريب أنّ ذلك مختصّ بغير صورة الإعسار بمقتضى ما يجيء من الدليل إن شاء الله تعالى، فلابدّ أن تكون الشرطيّة الأُولى واردةً في غير تلك الصورة أيضاً ويكون المقصود من القيد المذكور بيان ما يمكن أن يكون داعياً للبيع بحسب المناسبات الخارجيّة من دون أن يكون دخيلاً في الحكم الشرعيّ، والله العالم.

بل المستفاد من الشرطيّة الثانية بحسب الارتكاز أنّ وجه عدم جواز البيع إنّما هو التقويم من نصيب الولد، فهو المطابق لما أُشير إليه في بعض من الأخبار من الملاك المطابق للارتكاز.

تعديد موارد الاستثناء

(*) ١ ـ فمنها: تعلّق كفن مولاها بها على ما نقله في المكاسب[٤] عن محكيّ الروضة.

(١) وسائل الشيعة: ج ٢٣ ص ١٧٢ ح ١ من ب ٥ من أبواب الاستيلاد.

(٢ و٣) وسائل الشيعة: ج ٢٣ ص ١٧٣ ح ٤ و٢ من ب ٥ من أبواب الاستيلاد.

(٤) ج ٤ ص ١٣٢.

۲ ـ ومنها: ما إذا جنت على غير مولاها في حياته عمداً أو خطأً.

٣ ـ ومنها: ما إذا جنت على مولاها عمداً.

٤ ـ ومنها: ما إذا جنى حرّ عليها بما فيه ديتها.

٥ ـ ومنها: ما إذا لحقت بدار الحرب ثمّ استرقّت.

٦ ـ ومنها: ما إذا أسرها المشركون ثمّ استعادها المسلمون.

٧ ـ ومنها: ما إذا خرج مولاها عن الذمّة وملكت أمواله الّتي هي منها.

٨ ـ ومنها: ما إذا كان مولاها ذمّياً وقتل مسلماً، فإنّه يدفع هو وأمواله إلى أولياء المقتول.

٩ ـ ومنها: ما إذا أسلمت وهي أمة ذمّيّ فإنّها تباع عليه.

١٠ ـ ومنها: ما عجز مولاها عن نفقتها ولو في كسبها فتباع على ما ينفق عليها.

١١ ـ ومنها: بيعها على من تنعتق عليه.

١٢ ـ ومنها: بيعها ممّن أقرّ بحرّيّتها.

١٣ ـ ومنها: ما إذا مات قريبها وخلّف تركةً ولم يكن له وارث سواها فتشترىٰ من مولاها للعتق وترث قريبها. وحكي عن المهذّب إجماع الأصحاب عليه كما في مكاسب[1] الأنصاريّ ﷺ.

١٤ ـ ومنها: ما إذا كان علوقها بعد الرهن، فإنّ المحكيّ عن الشيخ والحلّيّ وابن زهرة والمختلف والتذكرة واللمعة والمسالك والمحقّق الثاني وغيرهم جواز بيعها حينئذٍ على ما في مكاسب الأنصاريّ ﷺ[2].

١٥ ـ ومنها: ما إذا كان علوقها بعد إفلاس المولى والحجر عليه وكانت فاضلةً عن المستثنيات في الدين كما عن القواعد واللمعة وغير ذلك[3].

١٦ ـ ومنها: ما إذا كان علوقها بعد جنايتها في الجناية الّتي لا تجوّز البيع لو كانت لاحقة.

---

(١) ج ٤ ص ١٤٦.

(٢) ج ٤ ص ١٤٦ ـ ١٤٧.

(٣) راجع المكاسب: ج ٤ ص ١٤٨.

جلّها أو كلّها محلّ المناقشة والنظر*

↲ ١٧ ـ ومنها: ما إذا كان علوقها في زمان خيار بائعها، فإنّ المحكيّ عن الحلّيّ جواز استردادها[١].

١٨ ـ ومنها: ما إذا كان علوقها بعد اشتراط أداء مال الضمان منها.

١٩ ـ ومنها: ما إذا كان علوقها بعد نذر جعلها صدقةً إذا كان النذر مشروطاً بشرط لم يحصل قبل الوطء.

٢٠ ـ ومنها: ما إذا كان علوقهابعد نذر التصدّق بنحوشرط الفعل على النحو المطلق.

٢١ ـ ومنها: ما إذا كان علوقهامن زوج هومكاتب مشروط ثمّ فسخت كتابته فللمولى أن يبيعها.

٢٢ ـ ومنها: ما قرّبه في اللمعة من جواز بيعها بشرط العتق.

٢٣ ـ ومنها: بيعها في ثمن رقبتها.

وقد ذكرنا ذلك نقلاً عن المكاسب[٢] واللمعة.

ويمكن أن يضاف إليها صورة تحقّق أحد من موانع الإرث في الولد.

المناقشة في بعض موارد الاستثناء

(*) **فإنّ جلّ الموارد** المتقدّمة من باب تنافي مادلّ على عدم جواز بيع أُمّ الولد لدليل يقتضي البيع من باب تعلّق حقّ عليها من المولىٰ كما في مورد الجناية عليه، أو من نفسها كما في موت قريبها، أو من ثالث كما في الرهن والإفلاس، وكون ذلك من باب التعارض أو التزاحم، وتقدّمُ مادلّ على اقتضاء البيع على دليل عدم جوازه غير معلوم.

نعم، ينبغي الجزم بذلك فيما لو كان ترك البيع خلافاً لمقام الامتنان عليها، فإنّ المناسبة الارتكازيّة بين الحكم والموضوع توجب انصراف الدليل لأن يكون الحكم ↰

---

(١) المكاسب: ج ٤ ص ١٤٩.

(٢) ج ٤ ص ١١٨ ـ ١٥٢.

إلّا موضع واحد، وهو بيعها في ثمن رقبتها مع إعسار مولاها*،

امتناناً عليها؛ وحينئذٍ لاينبغي المناقشة في جواز البيع ممّن تنعتق عليه، خصوصاً إذا اجتمع ذلك مع عدمقدرة المولى على الإنفاق،فإنّ مقتضى رفعالضرر والحرجعنها جواز البيع بلا إشكال ظاهر.

الاستثناء عن عدم جواز البيع إذا بيعت في ثمن رقبتها

(*) الكلام في بيعها للدين يقع في أربع مقامات:

المقام الأوّل ـ وهو المتيقّن ـ: بيعها بعد موت السيّد في ثمن رقبتها بشرط الإعسار كما في المتن.

قال‌ في المكاسب: إنّ المشهور الجواز، بل عن الروضة: أنّه موضع وفاق، وعن جماعة: أنّه لاخلاف فيه. ولاينافي ذلك مخالفة السيّد في أصل المسألة، لأنّهم يريدون نفي الخلاف بين القائلين بالاستثناء[١].

ويدلّ عليه مارواه المشايخ الثلاثة عن عمر بن يزيد، قال: قلت لأبي إبراهيم‌عليه السلام: أسألك؟ قال: «سل»، قلت: لِمَ باع أميرالمؤمنين‌عليه السلام أمّهات الأولاد؟ قال: «في فكاك رقابهنّ»، قلت: وكيف ذلك؟ قال: «أيّما رجل اشترى جاريةً فأولدها ثمّ لم يؤدّ ثمنها ولم يدع من المال ما يؤدّى عنها أُخذ ولدها منها وبيعت وأُدّي ثمنها». قلت: فيُبَعْن في‌ما سوى ذلك من دين؟ قال: «لا»[٢].

ولايخفى أنّ المتيقّن من ظهوره هو بعد موت المولى بقرينة السؤال في الصدر عن فعل الأمير‌عليه السلام الظاهر أنّه كان عند موت السيّد فرجع أمره إلى الوليّ وبقرينة قوله‌عليه السلام «ولم يدع من المال...» الظاهر في عدم التركة له بعد موته إلّا أمّ الولد.

(١) المكاسب: ج ٤ ص ١١٨ ـ ١١٩.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٧٨ ح ١ من ب ٢٤ من أبواب بيع الحيوان.

والمتيقّن من هذا أيضاً صورة موت المالك، بأن مات مديوناً بثمنها ولم يترك سواها، وأمّا مع حياة مولاها فلا يخلو من إشكال[١]*.

◄ المقام الثاني: ما جعله في المتن مورداً للإشكال فقالﷺ: «فلا يخلو من إشكال».

(*) قالﷺ في المكاسب ما معناه أنّ جواز البيع في هذا القسم مذهب الأكثر بل لم يعرف الخلاف فيه صريحاً. نعم، تردّد فيه الفاضلان. وعن نهاية المرام والكفاية: أنّ المنع نادر، لكنّه لايخلو عن قوّة[٢].

أقول: عمدة الوجه في كلام المشهور اُمور:

الأوّل: إطلاق رواية اُخرى لعمر بن يزيد ـ غير الصحيح المتقدّم[٣] ـ عن أبي الحسن عليه السلام، قال: سألته عن اُمّ الولد تباع في الدين؟ قال: «نعم، في ثمن رقبتها»[٤].

الثاني: عدم إطلاق لمادلّ على عدم جواز البيع بحيث يشمل تلك الصورة.

الثالث: تعارض دليله لدليل وجوب أداء الدين.

والكلّ مندفع:

أمّا الأوّل فلأنّ المنصرف إليه بمناسبة لفظ «تباع» المشعر بأنّ البائع غير المولى ـ كما اُشير إليه في المكاسب[٥] ـ وبمناسبة نوع ما يقع في الخارج من أنّ البيع للدين يقع بعد الموت هو بعد الموت، فتأمّل.

مضافاً إلى قوّةاحتمال كون ما نقله عمربن‌يزيد هو خلاصة ما سمعه عن أبي الحسن موسى عليه السلام بمقتضى الصحيح المتقدّم[٦]، فلا يحكم العقلاء بصدور الخبرين وترتيب الأثر على كلّ منهما بنحو الانفراد.

وأمّا الثاني فلمنع عدم الإطلاق، وقد تقدّم ذلك. ◄

---

(١) وسيلة النجاة: ج ٢ ص ٣٣ مسألة ٦.

(٢) المكاسب: ج ٤ ص ١٢٠.

(٣) في ص ٥٥٧.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٧٨ ح ٢ من ب ٢٤ من أبواب بيع الحيوان.

(٥) ج ٤ ص ١٢١.

(٦) في ص ٥٥٧.

↵ وأمّا الثالث فلأنّ وجوب أداء الدين مقيّد بالقدرة الأعمّ من العقليّة والشرعيّة كما أشار إليه في المكاسب(١).

ومنه يظهر أنّ إشكال المتن في محلّه.

وأمّا المقام الثالث ـ وهو بيعها في دين آخر في حياة المولى ـ فقد قال ﷺ في المكاسب: لم يجز إجماعاً على الظاهر المصرّح به في كلام بعض(٢).

أقول: لو قلنا بالمنع في المقام الثاني كما ظهر وجهه فالمقام الثالث أولى بالمنع.

مضافاً إلى دلالة صحيح عمر بن يزيد المتقدّم(٣) على ذلك: قوله «فيُبَعْن في ما سوى ذلك من دين؟ قال: لا» وقوله عليه السلام في خبره الآخر المتقدّم(٤) «نعم، في ثمن رقبتها»، لأنّه إمّا يشمل حال الحياة أو يدلّ عليه بالأولويّة.

وأمّا المقام الرابع ـ وهو بيعها مع الإعسار بعد موت السيّد في غير ثمن رقبتها ـ فقد قال ﷺ في المكاسب: فالمعروف من مذهب الأصحاب المنع أيضاً ـ إلى أن قال: ـ خلافاً للمحكيّ عن المبسوط، فجوّز البيع حينئذٍ مع استغراق الدين. والجواز ظاهر اللمعتين وكنز العرفان والصيمريّ(٥).

أقول: يدلّ على المشهور ذيل الصحيح المتقدّم(٦) من قوله «فيُبَعْن في ما سوى ذلك من دين؟ قال: لا».

ولا يعارضه مفهوم خبر يونس المقطوع في أُمّ ولد ليس لها ولد، مات ولدها، ومات عنها صاحبها ولم يعتقها، هل يجوز لأحد تزويجها؟ قال: «لا، هي أمة، لا يحلُّ لأحد تزويجها إلّا بعتق من الورثة، فإن كان لها ولد وليس على الميّت دين فهي للولد، وإذا ملكها الولد فقد عتقت بملك ولدها لها، وإن كانت بين شركاء فقد عتقت من نصيب ولدها، وتستسعي في بقيّة ثمنها»(٧). ↖

---

(١) ج ٤ ص ١٢٢. (٢) المكاسب: ج ٤ ص ١٢٥. (٣ و٦) في ص ٥٥٧.

(٤) في ص ٥٥٨. (٥) المكاسب: ج ٤ ص ١٢٥ ـ ١٢٦.

(٧) وسائل الشيعة: ج ٢٣ ص ١٧٣ ح ٣ من ب ٥ من أبواب الاستيلاد.

المسألة التاسعة عشر: لايجوز بيع الأرض المفتوحة عنوة[١]*.

◄ بيان المعارضة أنّ مقتضى إطلاق مفهوم قوله «وليس على الميّت دين»: أنّه لو كان عليه دين ولو كان غير ثمنها لايكون الحكم ما ذكر من تملّك الولد وعتقها بملكه.

والجواب عنه أوّلاً بضعف السند، للقطع، ولإسماعيل بن مرار فإنّه مجهول.

وثانياً: لايكون للمفهوم إطلاق،بل يكفي لحسن القيدعرفاًعدم الحكم بنحو الإطلاق عند انتفاء الشرط قطعاً.

وثالثاً: يكون إطلاقهمقيّداً بما تقدّم[٢] من الصحيح،فإنّه نصٌّ بالقرائن الّتي تقدّمت[٣] في‌ما بعد الموت بحيث يشمله قطعاً، وفي شموله لغيره إشكال، ونصٌّ أيضاً في صورة الإعسار،فهو أخصّ من الإطلاق المفروض للمفهوم،فكما أنّه يقيّدبالإعسار قطعاً فليقيّد ببقاء ثمن المستولدة أو على صورة كونها متعلّقةً لحقّ الغرماء في حال حياة السيّد.

وكيف كان، فالظاهر وضوح المسألة، فما استدلّ به شيخ المتأخّرين لشيخ‌القدماء ﴿﴾ من «أنّ الورثة لا يرثون مع الاستغراق، فلا سبيل إلى انعتاق أُمّ الولد الّذي هو الغرض من المنع عن بيعها»[٤] كأنّه اجتهاد في قبال النصّ المتقدّم[٥].

مع أنّ فيه ما عن المسالك من أنّ الأقوى انتقال التركة إلى الوارث مطلقاً وإن مُنع من التصرّف بها على تقدير استغراق الدين، فينعتق نصيب الولد منها كما لو لم يكن دين، ولزمه أداء قيمة النصيب من ماله[٦].

عدم جواز بيع الأرض المفتوحة عنوة

(*) لأنّها ملك للمسلمين قاطبة. ◄

(١) وسيلة النجاة: ج ٢ ص ٣٤، مسألة ٧.
(٢ و٣ و٥) في ص ٥٥٧.
(٤) المكاسب: ج ٤ ص ١٢٦.
(٦) المكاسب: ج ٤ ص ١٢٦ ـ ١٢٧.

إلّا تبعاً للآثار[١]*.

↲ وقد نقل الإجماع على ذلك في الخلاف والتذكرة والمنتهى كما في مفتاح الكرامة[٢].

ويدلّ عليه جملة من الأخبار:

منها: صحيح الحلبيّ، قال: سُئل أبوعبدالله عليه السلام عن السواد ما منزلته؟ فقال: «هو لجميع المسلمين: لمن هو اليوم، ولمن يدخل في الإسلام بعد اليوم، ولمن لم يخلق بعد». فقلت: الشراء من الدهاقين؟ قال: «لا يصلح إلّا أن تشترى منهم على أن يصيرها للمسلمين، فإذا شاء وليّ الأمر أن يأخذها أخذها». قلت: فإن أخذها منه؟ قال: «يردّ عليه رأس ماله وله ما أكل من غلّتها بما عمل»[٣].

ثمّ لا يخفى أنّ في حكمها الأرض الّتي صولح عليها بأن تكون ملكاً للمسلمين كما نبّه عليه في جامع المقاصد[٤].

بيع الأرض المفتوحة عنوة تبعاً للآثار

(*) الوجه في ذلك هو الجمع بين ما يـدلّ على عدم صلاحيّة الشراء كالصحيح المتقدّم[٥] وخبر أبي بردة الّذي صحّ عن صفوان عنه قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: كيف ترى في شراء أرض الخراج؟ قال: «ومن يبيع ذلك؟! هي أرض المسلمين» قال: قلت: يبيعها الّذي هي في يده، قال: «ويصنع بخراج المسلمين ماذا؟» ثمّ قال: «لا بأس، اشترى حقّه منها ويحوّل حقّ المسلمين عليه، ولعلّه يكون أقوى عليها وأملأ بخراجهم منه»[٦]. وغير ذلك[٧] وبين ما يدلّ على جواز بيعها وشرائها، مثل خبر محمّد بن شريح، قال: ↰

---

(١) قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٢٣.
(٢) ج ١٣ ص ٦٦ ـ ٦٧.
(٣) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٦٩ ح ٤ من ب ٢١ من أبواب عقد البيع وشروطه.
(٤) ج ٤ ص ٩٧.
(٥) آنفاً.
(٦) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ١٥٥ ح ١ من ب ٧١ من أبواب جهاد العدوّ.
(٧) راجع وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ١٥٥، الباب ٧١ من أبواب جهاد العدوّ.

سألت أبا عبدالله عليه السلام عن شراء الأرض من أرض الخراج، فكرهه، وقال: «إنّما أرض الخراج للمسلمين» فقالوا له: فإنّه يشتريها الرجل وعليه خراجها، فقال: «لا بأس إلّا أن يستحيي من عيب ذلك»[١] وما قامت عليه السيرة القطعيّة من معاملة الملك وترتيب أثر الملكيّة عليها كما نبّه على ذلك في مفتاح الكرامة[٢]،فإنّ مقتضى الجمع بين الطائفتين هو حمل الأُولى على بيع الأرض وشرائها مستقلّاً وحمل الثانية على بيعها وشرائها تبعاً للآثار.

أقول: الجمع المذكور خالٍ عن الشاهد،بل الشاهد على خلافه، إذ الصحيح المتقدّم[٣] شاهد على أنّ المقصود من عدم جواز البيع هو بيع رقبتها بأن لاتكون الأرض بعد الشراء للمسلمين، ويجوز الشراء بنحو تكون رقبتها لهم ويكون للإمام حقّ الاسترداد ويكون على من بيده الأرض خراجها.

ثمّ إنّ مقتضى إطلاق ما يدلّ على جواز البيع والشراء: هو جوازه مطلقاً: كانت فيها آثار مملوكة للبائع أم لم تكن. وليس مقتضى الغلبة: وجود الآثار، إذ الغالب في الأراضي المحياة الّتي هي مورد الكلام وجودُ جميع ما يحتاج إليه الأرض للزرع من الأنهار والجداول وعدمُ الاحتياج إلى إيجاد آثار جديدة. نعم، قد تحتاج إلى تعمير ومراقبة، وقد يتّفق لمن بيده الأرض أنّه يبني فيها بناءً أو يحفر فيها نهراً زائداً على ما كان، وليس مادلّ على جواز البيع ناظراً إلى ذلك قطعاً.

فالأصحّ بمقتضى الأخبار عدمُ جواز بيع رقبة الأرض وشرائها وجوازُ بيعها بأن تكون الأرض للمشتري كما كانت له.

نعم، للإمام نقلها إلى من يرى المصلحة للمسلمين، لأنّه وليّهم وأمرها إليه.

وهل يجوز للحاكم الشرعيّ في زمان الغيبة ذلك، بناءً على عموم دليل النيابة، بل ولو بناءً على عدمه من باب أنّ حفظ مصالح المسلمين مقطوع اللزوم،فكما له إجارتها أو مزارعتها كذلك له أن يبيعها إذا رأى المصلحة في ذلك،فهو من قبيل الأُمور الحسبيّة؟

(١) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٧٠ ح ٩ من ب ٢١ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٢) ج ١٣ ص ٨٠.

(٣) في ص ٥٦١.

وهي المأخوذة من يد الكفّار قهراً*

لا يبعد الحكم بالجواز.

بل يمكن القول بأنّ بيع السلطان الجائر كإجارته وتقبيله محكوم بالنفوذ شرعاً.

والوجه في ذلك إلقاء الخصوصيّة عرفاً عمّا ورد فيه جواز عمله من أخذ الزكاة والخراج والمقاسمة وجوازتقبّل الأرض منه كما في صحيح الحلبيّ الوارد في كتاب المزارعة[1].

بيان اشتراط أن يكون بإذن الإمامعليه السلام والإشكال في ذلك

(*) بشرط أن يكون ذلك بإذن الإمام المعصومعليه السلام، وإلّا كان المفتوح مال الإمامعليه السلام بناءً على المشهور، بل عن المجمع: أنّه كاد يكون إجماعاً، ونسبه في المبسوط إلى رواية أصحابنا، وهي مرسلة العبّاس الورّاق، وفيها أنّه «إذا غزا قوم بغير إذن الإمام فغنموا كانت الغنيمة كلّها للإمام»[2]. قال في المبسوط: «وعلى هذه الرواية يكون جميع ما فتحت بعد النبيّصلى الله عليه وآله إلّا ما فتحت في زمان الوصيّ من مال الإمامعليه السلام». قالهقدس سره في المكاسب[3].

أقول: ويدلّ عليه صحيح معاوية بن وهب أو حسنه بإبراهيم بن هاشم، قال: قلت لأبي عبداللهعليه السلام: السريّة يبعثها الإمام فيصيبون غنائم، كيف تقسّم؟ قال: «إن قاتلوا عليها مع أمير أمّره الإمام عليهم أخرج منها الخمس لله وللرسول وقسّم بينهم أربعة أخماس، وإن لم يكونوا قاتلوا عليها المشركين كان كلّ ما غنموا للإمام يجعله حيث أحبّ»[4]. هذا.

---

(١) راجع وسائل الشيعة: ج ١٩ ص ٥٩ ح ٣ من ب ١٨ من أبواب المزارعة والمساقاة.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٩ ص ٥٢٩ ح ١٦ من ب ١ من أبواب الأنفال.

(٣) ج ٢ ص ٢٤٣.

(٤) وسائل الشيعة: ج ٩ ص ٥٢٤ ح ٣ من ب ١ من أبواب الأنفال.

المعمورة وقت الفتح فإنّها ملك للمسلمين كافّة*، فهي باقية على حالها بيد من يعمرها ويؤخذ خراجها ويصرف في مصالح المسلمين.

↲ ولكن لايخفى أنّ كون المقصود من الإمام في الحسن هو المعصوم غير واضح بالنظر إلى عصر الصدور، لأنّ سؤال معاوية عن قضيّة فرضيّة لا واقعيّة لها فعلاً بعيدٌ جدّاً، فلعلّ لفظ «الإمام» في الخبر كلفظ «السلطان» الوارد في بعض الأخبار.

ويؤيّده عدم إشارة إلى ذوي القربى في مقام بيان مصارف الخمس.

ومن ذلك يظهر الإشكال في مرسل الورّاق مضافاً إلى إرساله وعدم معلوميّة الاستناد إليه.

ثمّ إنّه على فرض الغضّ عن ذلك فلاريب أنّ مقتضى ما تقدّم من الأخبار لا سيّما الصحيح[١] الوارد في خصوص أرض السواد غير المفتوحة في زمان النبيّ والوليّ عليهما السلام: أنّ ما فتح من دون أن يكون في لواء الإمام عليه السلام يكون من المفتوحة عنوةً إمّا من باب عدم اشتراط الإذن وإمّا من باب حصول الإذن منهم في ذلك.

وفي صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن سيرة الإمام في الأرض الّتي فتحت بعد رسول الله صلى الله عليه وآله، فقال: «إنّ أميرالمؤمنين عليه السلام قد سار في أهل العراق بسيرة فهي إمام لسائر الأرضين...»[٢].

اشتراط أن تكون معمورةً وقت الفتح

(*) قال الشيخ قدس سره في المكاسب: الظاهر عدم الخلاف في ذلك[٣].

أقول: ويدلّ عليه أُمور:

منها: ما أشار إليه قدس سره في المكاسب من أنّ مورد الإجماعات الدالّة على أنّ المفتوحة ↰

---

(١) تقدّم في ص ٥٦١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ١٥٣ ح ٢ من ب ٦٩ من أبواب جهاد العدوّ.

(٣) المكاسب: ج ٢ ص ٢٤٨.

عنوةً للمسلمين هو ما يصدق عليه عنوان الغنيمة، والموات يكون ملكاً للإمام عليه السلام فلايكون ممّا يغنم من الكفّار(١). وهو لا يخلو عن تأمّل.

ومنها: أنّ مقتضى إطلاق عدّة من الأخبار: أنّ موات الأرض للإمام عليه السلام:

مثل صحيح حفص بن البختري أو حسنه بإبراهيم عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «الأنفال ما لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب، أو قوم صالحوا، أو قوم أعطوا بأيديهم، وكلّ أرض خربة، وبطون الأودية، فهو لرسول الله صلى الله عليه وآله، وهو للإمام من بعده يضعه حيث يشاء»(٢)، وغيرها من الأخبار الكثيرة، فراجع كتاب الخمس وكتاب إحياء الموات.

وحينئذٍ لو فرض الإطلاق لمادلّ على أنّ المفتوح عنوةً للمسلمين بحيث يشمل الموات أيضاً فيتعارضان فيرجع إلى استصحاب بقاء الأرض على ملك الإمام عليه السلام.

ومنها: أنّ مقتضى حسن حمّاد ذلك في حديث قال (أي العبد الصالح عليه السلام): «وللإمام صفو المال أن يأخذ من هذه الأموال، صفوها الجارية الفارهة، والدابّة الفارهة، والثوب والمتاع بما يحبّ أو يشتهي، فذلك له قبل القسمة وقبل إخراج الخمس، وله أن يسدّ بذلك المال جميع ما ينوبه ـ إلى أن قال: ـ فإن بقي بعد ذلك شيء أخرج الخمس منه فقسّمه في أهله،وقسّم الباقي على من ولي ذلك ـ إلىأن قال: ـ وله بعد الخمس الأنفال. والأنفال كلّ أرض خربة قد باد أهلها،وكلّ أرض لميوجف عليها بخيل ولاركاب ولكن صالحوا صلحاً وأعطوا بأيديهم على غير قتال. وله رؤوس الجبال، وبطون الأودية، والآجام، وكلّ أرض ميتة لا ربّ لها...»(٣).

فإنّ القدر المتيقّن منها هو الأرض الميتة الّتي تكون في المفتوحة عنوةً بقرينة المورد، فالمسألة خالية عن الإشكال.

مع أنّه لا ثمرة في ذلك بعد دلالة الأخبار على أنّ «من أحيى أرضاً مواتاً فهي

(١) المكاسب: ج ٢ ص ٢٤٨.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٩ ص ٥٢٣ ح ١ من ب ١ من أبواب الأنفال.

(٣) وسائل الشيعة: ج ٩ ص ٥٢٤ ح ٤ من ب ١ من أبواب الأنفال.

وأمّا ما كانت مواتاً حال الفتح ثمّ عرضت لها الإحياء فهي ملك لمحييها، وبذلك يسهل الخطب في الدور والعقار وبعض الأقطاع* من تلك الأراضي الّتي يعامل معها معاملة الأملاك، حيث إنّه من المحتمل أنّ المتصرّف فيها ملكها بوجه صحيح فيحكم بملكيّة ما في يده**

له»[1]. فإنّ مقتضى الإطلاق المذكور أنّ الأرض تنتقل إلى المحيي كانت للإمام قبل الإحياء أو للمسلمين.

حكم المشكوك كونها من المفتوحة عنوة المشروطة بالشرائط المذكورة

(*) الّذي يسهل الخطب فيها وينقدح به احتمال ملكيّة الرقبة أُمور ظهر ممّا قدّمناه ونشير إليها بنحو الإجمال:

الأوّل: ما أشار إليه في المتن.

الثاني: احتمال التلقّي من يد الإمام عليه السلام والمعاملة معه بالعوض أو بلا عوض.

الثالث: احتمال التلقّي من حكّام الشرع القائمين مقامه عليه السلام.

الرابع: احتمال التلقّي من الخلفاء، بناءً على نفوذ معاملاتهم كما قدّمناه.

الخامس: احتمال كون بعض الأراضي من الخمس، بناءً على كون الخمس في مطلق الغنيمة الشاملة لغير المنقول كما هو المفتى به في المتن في باب الخمس.

السادس: احتمال كون بعض الأقطار ممّا نهى الغزو عليها الإمام عليه السلام، فلم يكن الفتح بإذنه فيكون له عليه السلام فصرفه في مصرفه فانتقل ملكاً من السلف إلى الخلف.

(**) لأنّ يد السلف تكون أمارة للخلف على ملكيّة الرقبة، ولاستصحاب عدم

(١) راجع وسائل الشيعة: ج ٢٥ ص ٤١١، الباب ١ من أبواب إحياء الموات.

ما لم يعلم خلافها*.

والمتيقّن من المفتوحة عنوة أرض العراق** وبعض الأقطار ببلاد العجم[(١)].

كونها محياةً حين الفتح.

ولا يعارض باستصحاب عدم الفتح حين الإحياء، لمعلوميّة تاريخ الفتح، ولعدم إثباته وقوع الفتح بعد كونها محياةً.

(*) تفصيلاً أو يكون التصرّف في ما بيده طرفاً للعلم الإجماليّ ولو كان طرفه الآخر هو الأرض الميتة وكان محتملاً لعروض الخراب بعد ما كانت من المحياة المفتوحة عنوةً. والاحتياط يقتضي أن يؤدّي خراج الأرض إلى الحاكم الشرعيّ لصرفه في مصارف المسلمين أو الاشتراء منه على ما تقدّم. والأوّل أحوط كما لا يخفى. والله العالم.

تعديد بعض مصاديق الأراضي المفتوحة عنوةً

(**) قال السيّد الماجد في مفتاح الكرامة: هو ما بين عبّادان والموصل طولاً إلى ساحل البحر. وقيّده بعضهم بكونه من شرقيّ دجلة، وأمّا الغربيّ الّذي يليه البصرة فهو إسلاميّ مثل شطّ عثمان بن أبي العاص، فإنّ أرضه كانت مواتاً فأحياها عثمان بن أبي العاص. وما بين طريق القادسيّة المتّصل بعذيب من أرض العرب ومنقطع جبال حلوان عرضاً. وأمّا خراسان فمن أقصاها إلى كرمان وخوزستان وهمدان وقزوين وما حواليها»[(٢)].

وقال في موضع آخر في بيان تعداد أراضي الخراجيّة: كسواد العراق وبلاد خراسان والشام ومكّة المشرّفة على ما عدّه المؤرّخون كما في المسالك. قلت: وقد عدّ ذلك من ذلك جماعة من فقهائنا، وزادوا: هوازن (قبيلة من قيس وأرضهم قريبة من الطائف.

---

(١) وسيلة النجاة: ج ٢ ص ٣٤ مسألة ٧.

(٢) مفتاح الكرامة: ج ١٣ ص ٧٣ ـ ٧٤.

منه ﷺ) ووافقنا على ذلك جمهور العامّة. وقد اختلفوا في مكّة زادها الله شرفاً، وكونها مفتوحةً عنوةً هو الظاهر من المذهب كما قاله الشيخ في المبسوط وجماعة. وفي الخلاف: الإجماع على ذلك. وعن بعض كتب التواريخ المعتمدة أنّ الحيرة من أرض العراق ـ وهي بلدة قرب الكوفة وأُخرى قرب عانة ـ فُتحت صلحاً، وأنّ نيشابور من بلاد خراسان فُتح صلحاً، وقيل: عنوةً، وبلخ منها، وهراة وقوشيح والتوابع فُتح صلحاً وعن بعض عنوةً. وأمّا بلاد الشام ونواحيه فحكي أنّ حلب وحماة وطرابلس فُتح صلحاً، وأنّ دمشق فُتح بالدخول من بعض غفلةً بعد أن كانوا طلبوا الصلح من غيره، وأنّ أهل إصفهان عقدوا أماناً، وأنّ آذربيجان فُتح صلحاً، وأنّ أهل طبرستان صالحوا أهل الإسلام، والريّ فُتح عنوةً[1].

والمستفاد من مكاسب الشيخ المؤسّس الأنصاريّ أنّه يميل إلى عدّ جميع أراضي العراق أو أكثرها من المفتوحة عنوةً واجداً للشرائط الّتي منها كونها محياةً حين الفتح.

ويتمسّك لذلك بأمرين:

أحدهما: أنّ ظاهر الأخبار تملّك المسلمين لجميع أرض العراق المسمّى بأرض السواد من غير تقييد بالعامر، فينزّل على أنّ كلّها كانت عامرةً حال الفتح.

ثانيهما: أنّهم ضبطوا أرض الخراج المفتوحة عنوةً الّتي تكون مورداً لأخذ الخراج ـ كما في المنتهى وغيره ـ بعد المساحة بستّة أو اثنين وثلاثين ألف ألف جريب.

قال ﷺ: وحينئذٍ فالظاهر أنّ البلاد الإسلاميّة المبنيّة في العراق هي مع ما يتبعها من القرى من المحياة حال الفتح الّتي تملّكها المسلمون[2]. انتهى محرّراً وملخّصاً.

أقول: كون جميع أرض العراق محياةً مع قلّة الجماعة في السابق بعيدٌ جدّاً، بل مقطوع العدم عادةً.

وما استند إليه من الأمر الأوّل ضعيفٌ جدّاً، إذ الإطلاق منصرف قطعاً إلى العامرة

(١) مفتاح الكرامة: ج ١٣ ص ٦٧.

(٢) المكاسب: ج ٢ ص ٢٤٩ ـ ٢٥٠.

والأقرب جواز بيع بيوت مكّة[١] *.

منها، كما يقال: إنّ قرية فلان وحواليها مملوكة لزيد، فإنّه لايراد من ذلك إلّا ما يصلح لأن يكون مالكاً.

وفيه: مع قطع النظر عن الانصراف المذكور إشكال أُصوليّ غير خفيّ على المتدرّب، فتأمّل.

وأمّا الثاني فغير واضح الحجّيّة، وعلى فرضها فلابدّ من التطبيق على جميع مساحة العراق حتّى يتّضح الأمر، وهو بعد يحتاج إلى ملاحظة الجغرافيا.

الأقرب جواز بيع بيوت مكّة

(*) **خلافاً لما عن الشيخ والقاضي**، بل المحكيّ عن الخلاف: الإجماع على عدم الجواز، وعن الإيضاح: أنّه قال كثير منهم بعدم الجواز، ولكن عن المسالك: أنّ جواز البيع هو المشهور، وعن الحدائق: كأنّه المشهور. كلّ ذلك لُخّص عن مفتاح الكرامة[٢].

ودليل المنع يلخّص في أُمور:

الأوّل: كون أرض مكّة من الأراضي المفتوحة عنوةً كما تقدّم في التعليق المتقدّم.

وفيه: **أنّ ذلك** لايقتضي عدم جواز بيع البناء من الأحجار والأخشاب ولو كان الحجر أو الطين مستخرجاً من محياة أرض مكّة، لقيام السيرة ظاهراً على ترتيب أثر المنافع على ما يؤخذ من الأراضي، كالطين المأخوذ من أرض كربلا للسجدة عليه. وليس المقصود من الأرض الّتي فرض أنّها يملكها المسلمون إلّا ما يصدق على المشتمل على التراب المستخرج منها وغيره. وقد أشار إلى السيرة المزبورة الشيخ المؤسّس الأنصاريّ في مكاسبه في شروط العوضين[٣].

---

(١) قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٢٣.

(٢) ج ١٣ ص ١٠٠ ـ ١٠١.

(٣) راجع المكاسب: ج ٤ ص ٢٨.

الثاني: ما أشار إليه في المحكيّ عن الروضة بأنّه علّل المنع بالرواية عن النبيّ صلى الله عليه وآله[١].

وأجاب عنه بأنّه لم يثبت[٢].

الثالث: إطلاق المسجد على مكّة في الآية الشريفة قوله تعالى: ﴿سُبْحَٰنَ ٱلَّذِىٓ أَسْرَىٰ بِعَبْدِهِۦ لَيْلًا مِّنَ ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ إِلَى ٱلْمَسْجِدِ ٱلْأَقْصَا...﴾[٣] مع أنّه أسرى من بيت أمّ هاني[٤].

وفيه: أنّ الإطلاق يكون بنحو الإشراف والمجاورة فيكون بنحو التسامح المطلوب عند العرف[٥].

الرابع: قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ وَيَصُدُّونَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ ٱلَّذِى جَعَلْنَٰهُ لِلنَّاسِ سَوَآءً ٱلْعَٰكِفُ فِيهِ وَٱلْبَادِ وَمَن يُرِدْ فِيهِ بِإِلْحَادٍ...﴾[٦].

والجواب: أنّ الظاهر بل المتعيّن أنّ مرجع الضمير هو المسجد لا بلدة مكّة.

الخامس: ما في مفتاح الكرامة من أنّ الّذي يستفاد من أخبار الطرفين والفتاوى والإجماعات أنّه صلى الله عليه وآله أقرّها في أيدي أهلها وشرط عليهم أن لا يمنعوا الحاجّ، فلا يصحّ لهم ولا لغيرهم بيعها[٧].

وفيه: أنّه غير محقّق عندي. والاستفادة المذكورة اجتهاد وليست بنقلٍ صِرفٍ حتّى تكون حجّةً.

مضافاً إلى أنّ الشرط المذكور لا يقتضي عدم جواز البيع، بل غاية مقتضاه: إسكان الحجّاج في منازلهم مجّاناً.

(١) حكاه في مفتاح الكرامة: ج ١٣ ص ١٠٢ عن الروضة.

(٢) حكاه هذا الجواب أيضاً في مفتاح الكرامة: ج ١٣ ص ١٠٢ عن الروضة.

(٣) سورة الإسراء: الآية ١.

(٤) حكاه هذا الاستدلال أيضاً في مفتاح الكرامة: ج ١٣ ص ١٠٢ عن الروضة.

(٥) حكاه هذا الجواب أيضاً في مفتاح الكرامة: ج ١٣ ص ١٠٣ عن الروضة.

(٦) سورة الحجّ: الآية ٢٥.

(٧) مفتاح الكرامة: ج ١٣ ص ١٠٤.

المسألة العشرون: يجوز بيع الجاني وإن كان عمداً*

◄ مع أنّه غير واضح، إذ لم يفرض اشتراط المجّانيّة عليهم.

بل لو ثبت الشرط المذكور لاقتضى خروج الأرض عن ملك المسلمين، بل أقرّها ملكاً لهم بالشرط المذكور. والله العالم.

جواز بيع الجاني في الجناية العمديّة

(*) **قال السيّد الماجد** في مفتاح الكرامة: قال في التذكرة: إنّ الأقوى بين علمائنا صحّة بيع الجاني، سواء كانت جنايته عمداً أو خطأً، أوجبت القصاص أولا، على النفس أو دونها. قال: وقد يلوح من ذلك دعوى الإجماع. واختيرت صحّته في نهاية الإحكام والتحرير والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة. وهو ظاهر جماعة من المحشّين والشارحين. وفي الحدائق: أنّه المشهور. خلافاً للشيخ في المبسوط والخلاف والقاضي في الجواهر. وتردّد المحقّق في الشرائع[1]. انتهى محرّراً وملخّصاً.

أقول: وجه ما في المتن أنّه ملكه فيجوز له البيع. وتعلّق حقّ المجنيّ عليه لا يمنع عن بيعه، إذ لا منافاة بينه وبين البيع، فكما أنّه كان المجنيّ عليه أو وليّه مخيّراً قبل البيع في العفو والاسترقاق والقتل كذلك يكون التخيير باقياً بعده أيضاً.

نعم، لو كان المشتري جاهلاً بذلك يتخيّر في الفسخ والإمضاء، لمكان العيب أو الغبن أو كليهما، فتأمّل.

وقد يلوح من بعض العبائر أنّ المقصود من صحّة بيع الجاني صحّته موقوفة على إجازة المجنيّ عليه فيكون متزلزلاً من حيث الحدوث.

لكنّه خلاف ظاهرعبارة المتن وأمثالها، خصوصاً مع إردافه بالعتق؛ بل الظاهر لزومه أيضاً، لأنّ تعلّق حقّه به لا يلازم البطلان ولو من حين إعمال حقّه حتّى ينفسخ. ◄

(١) مفتاح الكرامة: ج ١٣ ص ١٤٦ ـ ١٤٧.

وعتقه*، ولا يسقط حقّ المجنيّ عليه عن رقبته في العمد، ويكون في الخطأ التزاماً للفداء**، فيضمن المولى حينئذٍ أقلّ الأمرين من قيمته وأرش الجناية على رأي***.

جواز عتق العبد الجاني في الجناية العمديّة

(*) ظهر وجه صحّته ممّا تقدّم في التعليق السابق.

إن قلت: إنّ عتقه ينافي حقّ المجنيّ عليه، فإنّه مخيّر بين الاسترقاق والقتل. والاسترقاق متوقّف على بقاء العبوديّة وعدم حصول العتق.

قلت: إنّ تعلّق حقّه عليه بالنحو المذكور ليس على وجه الإطلاق، لعدم الدليل عليه على الظاهر، بل المجنيّ عليه يستحقّ على الجاني إن كان عبداً ما ذكر من القتل أو الاسترقاق، وإن كان حرّاً القصاص أو أخذ الدية منه، فينقلب حقّه من الكيفيّة المشروعة في العبد إلى الكيفيّة المشروعة في الحرّ إذا أُعتق وصار حرّاً.

جواز بيعه في الجناية الخطأيّة

(**) وذلك لأنّ المولى مخيّر قبل البيع في تسليمه إلى المجنيّ عليه أو فكّه بأحد الأمرين المذكورين في المتن، وهو لا ينافي جواز البيع بل ولزومه من حيث الحدوث، لأنّه بعد البيع لا يتمكّن من أحد عدلي التخيير، وهو غير مضرّ ببقاء الحقّ التخييريّ، لإمكان استيفائه بعدل آخر منه كما لا يخفى.

(***) قال السيّد‍ﷺ في مفتاح الكرامة: هو مذهب أكثر علمائنا خلافاً للشيخ‍ﷺ في الخلاف، فإنّه قال: إذا اختار الفداء يتعيّن عليه الأرش. وهو المنقول عن أبي عليّ[1]. وتحقيق ذلك موكول بباب الديات. والله الموفّق.

---

(١) مفتاح الكرامة: ج ١٣ ص ١٥١.

ثمّ للمجنيّ عليه خيار الفسخ * إن عجز عن أخذ الفداء ما لم يُجِز البيع أوّلاً[١].

الخامس: القدرة على التسليم **،

(*) لأنّ للمجنيّ عليه أو وليّه حقّ مطالبة حقّه التخييريّ من السيّد، فإذا عجز عن أحد عدلي التخيير المفروض أنّه الفداء فله حقّ التسلّم الّذي لا يتحقّق إلّا بالفسخ، بل يمكن أن يقال: إنّه يتخيّر في الفسخ على تقدير الامتناع عن الفداء أيضاً، فتأمّل.

الشرط الخامس: القدرة على التسليم

(**) **قال السيّد الماجد**: القدرة على التسليم شرط إجماعاً كما في التذكرة وتعليق الإرشاد وظاهر الغنية، ولا خلاف فيه كما في الرياض[٢].

أقول: يمكن الاستدلال على الشرط المذكور بأُمور:

الأوّل: ما حكي عن التذكرة[٣] أنّه استدلّ على ذلك بأنّه «نهى النبيّ صلّى الله عليه وآله عن بيع الغرر»[٤]. والنهي هنا يدلّ على الفساد إجماعاً على ما حكاه في المكاسب عن صريح الإيضاح واستظهره بنفسه[٥]. وقد تقدّم[٦] بعض الكلام في سنده ودلالته.

الثاني: ما اشتهر عن النبيّ صلّى الله عليه وآله من قوله: «لا تبع ما ليس عندك»[٧]، فإنّه يشمل المقام أيضاً، لعدم السلطنة عليه وإن كان مملوكاً للبائع.

الثالث: عدم الماليّة العرفيّة في بعض موارد عدم القدرة على التسليم. ↖

---

(١) من قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٢٣.

(٢) مفتاح الكرامة: ج ١٣ ص ١٤.

(٣) حكاه في المكاسب: ج ٤ ص ١٧٥ عن التذكرة.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٤٤٨ ح ٣ من ب ٤٠ من أبواب آداب التجارة.

(٥) المكاسب: ج ٤ ص ١٧٦.

(٦) في ص ٣٧٤ ـ ٣٧٦.

(٧) راجع مستدرك الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٩، الباب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه.

◄ الرابع: ماورد من النهي عن بيع العبد الآبق إلّا مع الضميمة، كصحيح رفاعة النخّاس وموثّق سماعة الآتيين[١] إن شاء الله تعالى.

والتحقيق مع قطع النظر عن الفتاوى أن يقال: إنّ عدم القدرة على التسليم على أقسام:

الأوّل: أن لا يُرجا تسلّط البائع أو المشتري على المبيع بحسب العادة ولم يكن لاعتبار الملكيّة والماليّة أثر، كالسمك المرسل في الماء.

وفي هذا القسم تكون المعاملة باطلةً: بيعاً أو صلحاً أو هبةً، كان المتعاملان عالمين بذلك أو جاهلين بسيطاً أو مركّباً، وذلك لعدم اعتبار الماليّة والملكيّة حينئذٍ عند العقلاء.

الثاني: أن لايكون المبيع مقدور التسليم ولا يُرجا عوده إلى مالكه لكن ليس اعتبار ملكيّته له فاقداً للأثر، كالمغصوب الّذي غصبه السلطان ولايُرجا عوده بحسب العادة أبداً.

وفي هذا القسم لا تصحّ المعاملة قطعاً مع علم المتبايعين أو المشتري أو البائع بذلك، لأنّ المعاملة سفهيّة أو تكون من قبيل أكل المال بالباطل، فتأمّل.

أمّا مع اعتقاد القدرة على التسليم من الجانبين فالظاهر صحّة المعاملة، لأنّ المفروض أنّ اعتبار الملكيّة ليس خالياً عن الأثر، والمعاملة ليست سفهيّةً، ولاتكون غرريّةً، لارتفاع الغرر بالاعتقاد الجازم المفروض في المقام.

الثالث: أن لايكون اعتبار الملكيّة لغواً في الواقع بحسب نظر العقلاء وكانت القدرة على التسليم محتملةً عند المتعاقدين، كالعبد الآبق والضالّة والمجحود.

وفي هذا القسم لاتكون المعاملة سفهيّةً ولايكون اعتبار الملكيّة فاقداً للأثر، بل ربما كان ترك الإقدام عليها خلاف مسلك العقلاء.

فيمكن أن يقال بالصحّة مع قطع النظر عن الإجماع المنقول المتقدّم في صدر المسألة، لأنّه لا مانع منها إلّا النبويّان وما ورد في العبد الآبق.

والكلّ مندفع:

أمّا حديث النهي عن الغرر فلارتفاعه بجعل الخيار على تقدير عدم العثور عليه، بل ►

---

(١) في ص ٥٧٦.

فلايجوز بيع الطير المملوك إذا طار في الهـواء، ولا السـمك المـملوك إذا أُرسل في الماء، ولا الدابّة الشاردة ولا العبد الآبق*

لايحتاج إلى جعل الخيار مع عدم استحقاق البائع لأخذ الثمن إذا لم يتسلّم المبيع فيما إذا كان الثمن في الذمّة كما هو الغالب القريب بالاتّفاق.

وأمّا النهي عن بيع ما ليس عنده فلأنّ المنهيّ عنه هو البيع المتعارف الّذي يترتّب عليه الأثر بالبيع ويكون لازماً، لا البيع الّذي ليس له استحقاق المطالبة بالثمن ولا للمشتري استحقاق المطالبة بالمبيع، بناءً على إقدامه على اشتراء المال الّذي لا يعلم بالعثور عليه ويكون له الخيار على تقدير العجز عن التسلّم.

ومنه يظهر الجواب عمّا ورد في العبد الآبق. هذا.

مع أنّ المستفاد من ذيل موثّق سماعة الآتي[1] أنّ الحكم في العبد الآبق ليس تخصيصاً، فإنّ الظاهر من قوله: «فإن لم يقدر على العبد كان الّذي نقده فيما اشترى منه» أنّه بصدد بيان ملاك الحكم.

ولعلّ ملخّص ملاكه أنّ المبيع هو ما يقع في يده من المال: فإن وقع الضميمة فقط في يده يكون الثمن في قباله ويكون المبيع مقبوضاً، وإن وقع العبد في يده كان المبيع هو المجموع. والله العالم.

وحينئذٍ يـمكن القـول بصحّة بيع ما لم يحرز التمكّن من تسليمه على النحو غير اللازم بحيث لا يوجب الغرر والخطر، أو بما نبّه عليه عليه السلام في الموثّق من غير فرق بين الآبق وغيره.

الإشكال في عدم جواز بيع الآبق منفرداً

(*) فيه إشكال كما عرفت، لأنّ المستفاد من النصّ هو النهي عن البيع المنجّز

---

(١) في ص ٥٧٦.

إلّا مع الضميمة*، وإذا لم يقدر البائع على التسليم وكان المشتري قادراً على تسلّمه فالظاهر الصحّة[١]**.

اللزوميّ، وأمّا البيع بعنوان عدم استحقاق البائع لأخذ الثمن إلّا بعد الظفر به فخارج عن مورد الخبرين الواردين في العبد الآبق والجارية الآبقة.

جواز بيع الآبق مع الضميمة

(*) **قال الشيخ**﴿رحمه الله﴾ في المكاسب: كما عن الانتصار وكشف الرموز والتنقيح، بل بلاخلاف كما عن الخلاف حاكياً فيه ـ كما عن الانتصار ـ إطباق العامّة على خلافه[٢].

أقول: ويدلّ عليه صحيح النخّاس، قال: سألت أبا الحسن موسى﴿عليه السلام﴾ قلت له: أيصلح لي أن أشتري من القوم الجارية الآبقة وأُعطيهم الثمن وأطلبها أنا؟ قال: «لا يصلح شراؤها إلّا أن تشتري منهم معها ثوباً أو متاعاً، فتقول لهم: أشتري منكم جاريتكم فلانة وهذا المتاع بكذا وكذا درهماً فإنّ ذلك جائز»[٣].

وموثّق سماعة عن أبي عبدالله﴿عليه السلام﴾ في الرجل يشتري العبد وهو آبق عن أهله، قال: «لا يصلح إلّا أن يشتري معه شيئاً آخر، ويقول: أشتري منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا، فإن لم يقدر على العبد كان الّذي نقده في ما اشترى منه»[٤].

(**) **حكاها في المكاسب** عن الإسكافيّ والعلّامة وكاشف الرموز والشهيدين والمحقّق الثاني. وعن ظاهر الانتصار أنّ صحّة بيع الآبق على من يقدر على تسلّمه ممّا انفردت به الإماميّة. قال﴿رحمه الله﴾: وهو المتّجه، لأنّ ظاهر معاقد إجماعاتهم واستدلالاتهم بالغرر وغيره مختصّ بغير ذلك[٥].

---

(١) وسيلة النجاة: ج ٢ ص ٣٤. (٢) المكاسب: ج ٤ ص ٢٠١.

(٣ و ٤) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٥٣ ح ١ و ٢ من ب ١١ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٥) المكاسب: ج ٤ ص ١٩١.

مسألة: لو باع الآبق منضمّاً إلى غيره ولم يظفر به لم يكن له رجوع على البائع بشيء*، وكان الثمن في مقابلة المنضمّ[١].

مسألة: لو باع المغصوب وتعذّر تسليمه** لم يصحّ. ولو قدر المشتري على انتزاعه دون البائع فالأقرب الجواز***، فإن عجز تخيّر****.

ليس للمشتري الرجوع إذا لم يظفر بالعبد الآبق

(*) لصريح موثّق سماعة المتقدّم[٢] وظاهرِ الصحيح[٣]، إذ الظاهر أنّ المقصود من شراء الجارية إعطاءُ ثمنها للقوم وتقبّل الجارية لنفسها: ظفر بها أم لا؛ فالمنهيّ عن بيعها بلا ضميمة ما ذكرناه، والجائز بيعها معها أيضاً يكون الصورة المذكورة، ومرجع ذلك إلى إسقاط حقّ التسلّم، فلا يجوز له الامتناع عن الثمن، لعدم الظفر بالمثمن، لعدم استحقاق ذلك من البائع.

عدم صحّة بيع المغصوب مع تعذّر تسليمه

(**) أي كان متعذّر التسليم، لا الأعمّ منه وممّا عرض عليه تعذّر التسليم أو خصوص الأخير.

والوجه في ذلك عدم كون المعاملة عقلائيّة مع العلم بذلك ومع الجهل تكون غرريّة.

(***) لما تقدّم في التعليق على قوله «فالظاهر الصحّة» من عدم الغرر وغيره من الموانع فيه، خلافاً للمحكيّ عن الشيخ في المبسوط كما في مفتاح الكرامة[٤].

في الخيار إذا طرأ العجز

(****) لأنّه لا يكون الاشتراء من المالك مع العلم بعدم قدرته على التسليم والاتّكاء ↖

---

(١) من قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٢٣.

(٢) في ص ٥٧٦.

(٣) المتقدّم في ص ٥٧٦.

(٤) ج ١٣ ص ١٦١.

وكذا لو اشترى ما يتعذّر تسليمه إلّا بعد مدّة ولم يعلم المشتري كان له الخيار*. ولو باع ما يعجز عن تسليمه شرعاً كالمرهون لم يصحّ، إلّا مع إجازة المرتهن[١]**.

↲على قدرته للتسلّم من الغاصب إقداماً على إسقاط حقّه على البائع حتّى يخرج المبيع عن ضمان البائع ويكون بمنزلة المقبوض وحينئذٍ لا يستحقّ البائع مطالبة الثمن من المشتري.

لكن يمكن أن يقال: إنّه إن كان الثمن على ذمّة المشتري ولا يستحقّ البائع مطالبته إلّا بعد التسلّم أو التسليم فإنّه لاضرر على المشتري حتّى يجبر ذلك بالخيار.

(*) للضرر، ولأنّ التسليم بمنزلة الشرط الضمنيّ المبنيّ عليه العقد بحسب النوع.

في ما إذا كان عدم القدرة للنهي الشرعيّ

(**) عدم القدرة على التسليم شرعاً غير عدم كون الملك طلقاً بأن لايجوز للمالك تصرّفاته إلّا بإذن من له الحقّ.

وحينئذٍ يتوجّه على المتن أمران:

أحدهما: أنّ الظاهر من عبارة المتن بل صريحه أنّ في جميع موارد عدم القدرة على التسليم شرعاً يكون البيع موقوفاً على رفع المانع الشرعيّ مع أنّه ليس ذلك، لأنّه لو كان المبيع محلوفاً على عدم إقباضه من أحد إلى مدّة فحينئذٍ لا مانع من بيعه منجّزاً ولكن لايجوز له الإقباض إلّا بعد انقضاء المدّة، ولا يكون للمشتري الخيار في صورة العلم بذلك ويكون له الخيار إذا لم يعلم بذلك وعمل البائع بمقتضى النهي الشرعيّ المفروض في المقام.

ثانيهما: أنّ في خصوص الرهن لايتوقّف الصحّة من حيث تعذّر التسليم على إجازة ↵

---

(١) من قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٢٤.

مسألة: يصحّ بيع الضالّ والمجحود*،

↲المرتهن، بل يتوقّف عليها من حيث ممنوعيّة الراهن عن التصرّف. ويظهر الفرق في‌ما لو أجاز المرتهن في البيع بشرط بقاء حقّ رهانته في المال ولم يجز في القبض، فحينئذٍ يكون البيع صحيحاً منجّزاً لكن لا يستحقّ المشتري أن يقبضه ويكون له الخيار في صورة الجهل كما تقدّم.

بيع الضالّ والمجحود

(*) قال الشيخ‌ﷺ في مكاسبه: إنّه ادّعى الإجماع في التذكرة على اشتراط القدرة على التسليم ليخرج البيع عن كونه بيع غرر، ثمّ قال: والمشهور بين علمائنا المنع عن بيع الآبق منفرداً ـ إلى أن قال: ـ وقال بعض علمائنا بالجواز، وحكاه عن بعض العامّة أيضاً. ثمّ ذكر الضالّ ولم يحتمل فيه إلّا جواز البيع منفرداً واشتراط الضميمة. والتنافي بين الفقرات الثلاث ظاهر، والتوجيه يحتاج إلى التأمّل(١).

أقول: الأمر كما ذكره الشيخ‌ﷺ، لأنّه إمّا أن يحمل ما ورد في بيع العبد الآبق من الصحّة مع الضميمة على التعبّد فلابدّ من القول ببطلان بيع الضالّ والمجحود منضمّاً أو مجتمعاً، وإلّا يكون الضالّ والمجحود بحكم الآبق في التفصيل بين الانضمام مع الضميمة وعدمه.

ويمكن أن يكون نظر من رأىٰ جواز بيعهما أنّ الظفر على المبيع فيهما قريب فيكون مظنوناً بخلاف غيرهما.

وفيه: عدم كلّيّة حصول الظنّ في جميع الموارد.

مضافاً إلى أنّ الظنّ لا يوجب رفع الغرر المستدلّ به لاشتراط القدرة على التسليم.

---

(١) المكاسب: ج ٤ ص ١٩٦ ـ ١٩٧.

ويراعى بإمكان التسليم*، وإن تعذّر فسخ المشتري إن شاء[١].

مسألة: الأقرب احتياج العبد الآبق المجعول ثمناً إلى الضميمة**، وحينئذٍ يجوز أن يكون أحدهما ثمناً والآخر مثمناً مع الضميمتين، ولا يكفي ضمّ آبق آخر إليه[٢].

مسألة: لو تعدّدت العبيد كفت ضميمة واحدة[٣]***.

(*) وفيه: أنّه إن كانت القدرة على التسليم شرطاً من باب التحفّظ عن الغرر فلاريب أنّ مقتضى ذلك: البطلان رأساً، وإن كان اشتراط ذلك من جهة اُخرى من إجماع أو غيره من النهي الوارد في النبويّ المتقدّم من قوله: «لا تبع ما ليس عندك» فلاريب أنّ مقتضى ذلك: الحكم بالمراعاة بإمكان التسليم في جيمع موارد عدم القدرة على التسليم الّذي منها المغصوب. مع أنّ الحكم بالتخيير بعد عدم التمكّن من التسليم إن شاء يلازم الصحّة المنجّزة اللازمة من أوّل المعاملة إذا كان المشتري مقدماً عليها ولو مع فرض عدم الظفر.

احتياج العبد الآبق إلى الضميمة وإن كان ثمناً

(**) لإلقاء الخصوصيّة من الخبرين المتقدّمين[٤]، خصوصاً بالنسبة إلى ما فيه الذيل الّذي يكون ظاهراً في بيان الملاك أو الحكمة، لاطّراد ذلك بالنسبة إلى مورد الكلام.

كفاية ضميمة واحدة للعبدين الآبقين أو أزيد

(***) وذلك لأنّ العبد والجارية يصدق على الواحد والمتعدّد.

مضافاً إلى إلقاء الخصوصيّة وظهور عموم الملاك الوارد في ذيل الموثّق المتقدّم[٥].

(١ و ٢ و ٣) من اللمعة.

(٤ و ٥) في ص ٥٧٦.

فهرس مصادر التحقيق

بعد القرآن الكريم:

١ ـ **أُسد الغابة** لابن الأثير في خمس مجلّدات، من منشورات دار إحياء التراث العربيّ ببيروت.

٢ ـ **الاستفتاءات** من محضر آية الله العظمى البروجرديّ‌ﷺ في مجلّدين، من منشورات مؤسّسة آية الله العظمى البروجرديّ‌ﷺ.

٣ ـ **بحارالأنوار** للمولى محمّدباقر المجلسيّ ـ المتوفّى ١١١١هـ. ق. ـ في عشر ومائة مجلّد، طبع مؤسّسة الوفاء بيروت سنة ١٤٠٣ هـ. ق.

٤ ـ **بدايةالمجتهد ونهايةالمقتصد** لابن‌رشد القرطبيّ‌الأُندلسيّ ـ المتوفّى ٥٩٥ هـ. ق. ـ في ستّ مجلّدات، من منشورات دارالكتب العلميّة ببيروت.

٥ ـ **تحف العقول** لابن شعبة الحرّانيّ ـ من أعلام القرن الرابع ـ في مجلّد واحد، طبع مؤسّسة النشر الإسلاميّ بقمّ سنة ١٤٢٥ هـ. ق.

٦ ـ **التذكرة** «تذكرة الفقهاء» للعلّامة الحلّيّ ـ المتوفّى ٧٢٦ هـ. ق. ـ في أربع وعشرين جزءاً، من منشورات مؤسّسة آل البيت بقمّ.

٧ ـ **تعليقة المحقّق الإيرواني** على المكاسب في مجلّد واحد، الطبعة الحجريّة.

٨ ـ **تعليقة المامقانيّ الكبير** علـى المكـاسب، في مجلّد واحد، الطبعة الحجريّة، في مجلّد واحد.

٩ ـ **التـهذيب** «تهذيب الأحكام» للشيخ الطوسيّ ـ المتوفّى ٤٦٠ هـ . ق. ـ في عشر مجلّدات، من منشورات دارالكتب الإسلاميّة بطهران سنة ١٣٩٠ هـ . ق.

١٠ ـ **جامع المقاصد** للمحقّق الكركيّ ـ المتوفّى ٩٤٠ هـ . ق. ـ من منشورات مؤسّسة آل‌البيت بقمّ في ثلاث‌عشر مجلّداً، طبع مطبعةالمهديّة ومهرسنة ١٤٠٨ ـ ١٤١١ هـ . ق.

١١ ـ **جامع الترمذيّ** «سنن الترمذيّ» من الكتب الستّة لأبي عيسى محمّد بن عيسى بن سورة بن موسى الترمذيّ ـ المتوفّى ٢٧٩ هـ . ق. ـ من منشورات دارالسلام للنشر والتوزيع بالرياض، بالمطبوع في إيطاليا سنة ١٤٢١ هـ . ق.

١٢ ـ **الجواهر** «جواهر الكلام» للشيخ محمّدحسن النجفيّ المعروف بصاحب الجواهر ـ المتوفّى ١٢٦٦ هـ . ق ـ في أربعة أربعين مجلّداً، طبع مؤسّسة النشر الإسلاميّ بقمّ سنة ١٤١٧ ـ ١٤٣٤ هـ . ق.

١٣ ـ **حاشية المكاسب** للمحقّق الخراسانيّ ـ المتوفّى ١٣٢٩ هـ . ق ـ في مجلّد واحد، من منشورات وزارة الإرشاد الإسلاميّ في سنة ١٤٠٦ هـ . ق.

١٤ ـ **حاشية كتاب المكاسب** للسيّد الفقيه الطباطبائيّ اليزديّ ـ المتوفّى ١٣٣٧ هـ . ق ـ في ثلاث مجلّدات، من منشورات دار المصطفى لإحياء التراث سنة ١٤٢٣ هـ . ق.

١٥ ـ **حاشية الإصفهانيّ على المكاسب** ـ المتوفّى ١٣٦١ هـ . ق ـ في خمس مجلّدات.

١٦ ـ **الحدائـق** «الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة» للشيخ يوسف البحرانيّ ـ المتوفّى ١١٨٦ هـ . ق ـ في خمسة وعشرين مجلّداً، المطبوع في سنة ١٣٧٦ إلى ١٤٠٩ هـ . ق.

١٧ ـ **خاتمة مستدرك** للمحدّث النوريّ ـ المتوفّى ١٣٢٠ هـ. ق ـ في تسع مجلّدات، تحقيق مؤسّسة آل البيت لإحياء التراث، طبع مطبعة ستاره بقمّ سنة ١٤١٥ ـ ١٤٢٠هـ. ق.

١٨ ـ **الخلاف** للشيخ الطوسيّ ـ المتوفّى ٤٦٠ هـ. ق ـ في ستّ مجلّدات، من منشورات مؤسّسة النشر الإسلاميّ بقمّ سنة ١٤١٥ ـ ١٤١٧ هـ. ق.

١٩ ـ **الروضة البهيّة** في شرح اللمعة الدمشقيّة للشهيد الثاني ـ المتوفّى ١٤٠٣ هـ. ق.

٢٠ ـ **السرائر** لابن إدريس الحلّيّ ـ المتوفّى ٥٩٨ هـ. ق ـ في ثلاث مجلّدات، طبع مؤسّسة النشر الإسلاميّ بقمّ سنة ١٤١٠ ـ ١٤١١ هـ. ق.

٢١ ـ **سنن الكبرى** «سنن البيهقي» لأحمد بن الحسين بن عليّ البيهقيّ ـ المتوفّى ٤٥٨ هـ. ق. ـ في عشر مجلّدات، من منشورات دارالمعرفة بيروت.

٢٢ ـ **سنن أبي داود** من الكتب الستّة لأبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزديّ السجستانيّ ـ المتوفّى ٢٧٥ هـ. ق. ـ من منشورات دارالسلام للنشر والتوزيع بالرياض، المطبوعة في إيطاليا سنة ١٤٢١ هـ. ق.

٢٣ ـ **سنن ابن ماجه** من الكتب الستّة لأبي عبدالله محمّد بن يزيد الربعيّ ابن ماجه القزوينيّ ـ المتوفّى ٢٧٣ هـ. ق. ـ من منشورات دارالسلام للنشر والتوزيع بالرياض، المطبوعة في إيطاليا سنة ١٤٢١ هـ. ق.

٢٤ ـ **سنن النسائي** من الكتب الستّة لأبي عبدالرحمان أحمد بن شعيب بن عليّ بن سنان النسائيّ ـ المتوفّى ٣٠٣ هـ. ق ـ من منشورات دارالسلام للنشر والتوزيع بالرياض، المطبوعة في إيطاليا سنة ١٤٢١ هـ. ق.

٢٥ ـ **شرائع الإسلام** للمحقّق الحلّيّ ـ المتوفّى ٦٧٦ هـ. ق ـ أربعة أجزاء في مجلّدين مع تعليقات السيّد صادق الشيرازيّ طبع انتشارات الاستقلال سنة ١٤١٥ هـ. ق.

٢٦ ـ **العروة الوثقى** للسيّد محمّدكاظم الطباطبائيّ اليزديّ ـ المتوفّى ١٣٣٧ هـ. ق. ـ.

٢٧ ـ **العوائد** «عوائد الأيّام» للمولى أحمد النراقيّ ـ المتوفّى ١٢٤٥ هـ. ق ـ في مجلّد واحد، من منشورات مركز النشر التابع لمكتب الإعلام الإسلاميّ سنة ١٤١٧ هـ. ق.

٢٨ ـ **العوالي** «عوالي اللآلئ» لابن أبي جمهور الأحسائيّ ـ المتوفّى ٩٤٠ هـ. ق ـ في أربع مجلّدات، المطبوعة في مطبعة سيّدالشهداء بقمّ سنة ١٤٠٣ ـ ١٤٠٥ هـ. ق.

٢٩ ـ **غنية النـزوع** لابن زهرة الحلبيّ ـ المتوفّى ٥٨٥ هـ. ق ـ في مجلّد واحد، من منشورات مؤسّسة الإمام الصادق عليه السلام سنة ١٤١٧ هـ. ق.

٣٠ ـ **قواعد الأحكام** للعلّامة الحلّيّ ـ المتوفّى ٧٢٦ هـ. ق ـ في ثلاث مجلّدات، من منشورات مؤسّسة النشر الإسلاميّ بقمّ سنة ١٤١٣ ـ ١٤١٩ هـ. ق.

٣١ ـ **الكافي** لمحمّد بن يعقوب الكلينيّ ـ المتوفّى ٣٢٨ هـ. ق ـ في ثماني مجلّدات، من منشورات دارالكتب العلميّة بطهران.

٣٢ ـ **كنزالعمّال** لعلاءالدين عليّ المتّقي بن حسام الدين الهنديّ ـ المتوفّى ٩٧٥ هـ. ق ـ في ستّ عشر مجلّداً، طبع دارالكتب العلميّة ببيروت.

٣٣ ـ **اللمعة** للشهيد الأوّل ـ المتوفّى ٧٨٦ هـ. ق.

٣٤ ـ **مـختلف الشـيعة** «مختلف» للعلّامة الحلّيّ ـ المتوفّى ٧٢٦ هـ. ق ـ في تسع مجلّدات، من منشورات مؤسّسة النشر الإسلاميّ بقمّ سنة ١٤١٢ ـ ١٤١٩ هـ. ق.

٣٥ ـ **مستدرك الوسائل** «المستدرك» للمحدّث النوريّ ـ المتوفّى ١٣٢٠ هـ. ق ـ في ثمانية عشر مجلّداً، طبع بيروت سنة ١٤١١ ـ ١٤١٢ هـ. ق، تحقيق مؤسّسة آل البيت لإحياء التراث.

٣٦ـ **المسالك** «مسالك الأفهام» للشهيد الثاني ـ المتوفّى ٩٦٥ هـ. ق. ـ في خمسة عشر مجلّداً، تحقيق ونشر مؤسّسة المعارف الإسلاميّة.

٣٧ـ **معاني الأخبار** للصدوق ـ المتوفّى ٣٨١ هـ. ق ـ في مجلّد واحد، تحقيق على أكبر الغفّاريّ، طبع مؤسّسة النشر الإسلاميّ بقمّ سنة ١٤١٦ هـ. ق.

٣٨ـ **مفاتيح الشرائع** لملّا محسن الفيض الكاشانيّ ـ المتوفّى ١٠٩١ هـ. ق ـ في ثلاث مجلّدات، تحقيق السيّد مهديّ الرجائيّ، من منشورات مجمع الذخائر الإسلاميّة، طبع مطبعة الخيّام بقمّ سنة ١٤٠١ هـ. ق.

٣٩ـ **مفتاح الكرامة** للسيّد محمّدجواد الحسينيّ العامليّ ـ المتوفّى ١٢٢٨ هـ. ق ـ الطبع الجديد في ستّ وعشرين مجلّداً، من منشورات مؤسّسة النشر الإسلاميّ بقمّ سنة ١٤١٩ ـ ١٤٣٢ هـ. ق.

٤٠ـ **المكاسب** للشيخ مرتضى الأنصاريّ ـ المتوفّى ١٢٨١ هـ. ق ـ في ستّ مجلّدات، من منشورات مجمع الفكر الإسلاميّ بمناسبة الذكرى المئويّة الثانية لميلاد الشيخ الأنصاريّ قدس سره.

٤١ـ **منية الطالب في حاشية المكاسب** ـ تقريراً لأبحاث الميرزا النائينيّ قدس سره ـ للشيخ موسى النجفيّ الخوانساريّ، جزءان في مجلّد واحد، مصوّراً عن المطبوع في المطبعة المرتضويّة بالنجف الأشرف.

٤٢ـ **من لايحضره الفقيه** للشيخ الصدوق ـ المتوفّى ٣٨١ هـ. ق ـ في أربع مجلّدات، تحقيق علىأكبرالغفّاريّ، من منشورات مؤسّسة النشر الإسلاميّ بقمّ سنة ١٤١٤ هـ. ق.

٤٣ـ **المهذّب البارع في شرح المختصر النافع** لابن فهد الحلّيّ ـ المتوفّى ٨٤١ هـ. ق ـ في خمسة أجزاء، من منشورات مؤسّسة النشر الإسلاميّ بقمّ سنة١٤٠٧ـ١٤١٣هـ. ق.

٤٤ ـ **الوافي** لملّا محسن الفيض الكاشانيّ، الطبعة الحجريّة في ثلاث مجلّدات.

٤٥ ـ **الوافي** لملّا محسن الفيض الكاشانيّ ـ المتوفّى ١٠٩١هـ. ق ـ في ستّةوعشرين مجلّداً، من منشورات مكتبة أميرالمؤمنين عليه السلام بإصفهان سنة ١٤١٢ ـ ١٤١٦ هـ. ق.

٤٦ ـ **وسائل الشيعة** للشيخ الحرّ العامليّ ـ المتوفّى ١١٠٤ هـ. ق ـ في ثلاثين مجلّداً، من منشورات مؤسّسة آل البيت لإحياء التراث سنة ١٤٠٩ ـ ١٤١٢ هـ. ق.

٤٧ ـ **وسيلة النـجاة** للسيّد أبي الحسن الإصفهانيّ في ثلاث مجلّدات، رسالة عمليّة محشاة بحاشية السيّد الگپايگاني قدس سره.

فهرس المحتويات

كتاب البيع

المسألة الثالثة

المسألة الرابعة

المسألة الخامسة

المسألة السادسة

المسألة السابعة

المسألة الثامنة

المسألة التاسعة

المسألة العاشرة

المسألة الحادية عشر

المسألة الثانية عشر

المسألة الثالثة عشر

القول في شروط البيع

القول في شرائط المتعاقدين

المسألة الأولى

المسألة السادسة

المسألة السابعة

المسألة الثامنة

المسألة التاسعة

المسألة العاشرة

المسألة الحادية عشر

المسألة الثانية عشر

المسألة الثالثة عشر

المسألة الرابعة عشر

المسألة الخامسة عشر

المسألة السادس عشر

المسألة السابعة عشر

المسألة الثامنة عشر

المسألة التاسعة عشر

المسألة العشرون

المسألة الحادية والعشرون

المسألة الثانية والعشرون

المسألة الثالثة والعشرون

المسألة الرابعة والعشرون

المسألة الخامسة والعشرون

المسألة السابعة والعشرون

المسألة الثامنة والعشرون

القول في شروط العوضين

المسألة الأُولى

المسألة السادسة

المسألة السابعة

المسألة الثامنة

المسألة التاسعة

المسألة العاشرة

المسألة الحادية عشر

المسألة الثانية عشر

المسألة الثالثة عشر

المسألة الرابعة عشر

المسألة الخامسة عشر

المسألة السادسة عشر

المسألة السابعة عشر

المسألة الثامنة عشر

المسألة التاسعة عشر

المسألة العشرون

مسألة

مسألة

الكتب المطبوعة من المؤلّف ﷺ في هذه المؤسّسة

١ ـ صلاة الجمعة

٢ ـ الخمس

٣ ـ خلل الصلاة وأحكامه

٤ ـ مباني الأحكام في أُصول شرائع الإسلام ج ١ و٢ و٣

٥ ـ شرح العروة الوثقى ج ١ و٢ و٣ و٤ و٥ و٦

٦ ـ إبتغاء الفضيلة في شرح الوسيله ج ١ و٢